

OGH 1992/10/08, 8 Ob 611/92

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr.Griehsler als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Huber, Dr.Graf, Dr.Jelinek und Dr.Schinko als weitere Richter in der Rechtssache der Antragstellerin Gundila E. S***** *****, vertreten durch Dr.Alex Amann, Rechtsanwalt in Bad Ischl, wider den Antragsgegner Johann R. S*****, vertreten durch Dr. Karl Kuprian, Rechtsanwalt in Bad Ischl, wegen Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse infolge Revisionsrekurses der Antragstellerin gegen den Beschluß des Kreisgerichtes Wels als Rekursgericht vom 13.Mai 1992, GZ R 1214/91-69, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Bad Ischl vom 1.Oktober 1991, GZ F 3/89-82, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben. Der Beschluß des Rekursgerichtes wird aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung an das Rekursgericht zurückverwiesen. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Begründung:

Die am 9.7.1960 zwischen den Verfahrensparteien geschlossene Ehe wurde mit Urteil des Kreisgerichtes Wels vom 25.11.1986 aus dem alleinigen Verschulden des Antragsgegners geschieden. Dieser Ehe entstammen drei Kinder, und zwar der am 12.3.1962 geborene Michael, der am 14.11.1980 geborene Johannes und der am 2.1.1983 geborene Stefan.

Die Parteien sind je zur Hälfte Eigentümer der im Jahre 1976 erworbenen Liegenschaft EZ ***** Grundbuch ***** B***** mit den Gebäuden E***** 14 und E***** 14 a; der Verkehrswert dieser Liegenschaft beträgt 4,7 Mill. S.

Im ersten Stock des Hauses E***** 14, der eine Nutzfläche von 341,10 m² aufweist, befindet sich die seinerzeitige Ehewohnung; diese wird von der Antragstellerin und den beiden mj. Kindern Johannes und Stefan benützt. Räume im Gesamtausmaß von knapp 80 m² im ersten Stock des Haupt- bzw. Nebengebäudes sind wegen des schlechten Bauzustandes nicht bewohnbar, ein kleiner Teil der Räume wird als Lager benützt. Der Ertragswert der bewohnbaren Räumlichkeiten im ersten Stock beträgt S 12.337,-- monatlich.

Im Erdgeschoß der Gebäude E***** 14 und 14 a befinden sich gewerblich genutzte Räume. Die Antragstellerin betrieb eine Boutique, der Antragsgegner ein Antiquitätengeschäft. Das Erdgeschoß weist eine Fläche von 334,6 m² auf, der Ertragswert beträgt S 31.633,-- monatlich

Für den Erwerb und die Renovierung der Liegenschaft nahmen die Streitteile Darlehen auf, die im November 1984 mit S 389.417,80 aushafteten. Bis November 1984 wurde die Liegenschaft mit Höchstbetrags- und Betragspfandrechten von insgesamt 1,238.900,-- S belastet.

Im Herbst 1984 zog der Antragsgegner aus der gemeinsamen Ehewohnung aus und übersiedelte nach Italien. Im Herbst 1986 kehrte er nach B*****, jedoch nicht in die Ehewohnung, zurück. Aufgrund eines Streites am 2.11.1986, bei dem der Antragsgegner die Antragstellerin bedrohte, wurde ihm mit einstweiliger Verfügung vom 19.11.1986 verboten, bis zur rechtskräftigen Erledigung des Scheidungsverfahrens

und der nachfolgenden vermögensrechtlichen Auseinandersetzung die Wohnung und die Geschäftsräume der Antragstellerin zu betreten.

Nach dem Auszug des Antragsgegners aus der Ehewohnung und seiner Abreise nach Italien meldete die Antragstellerin seine Gewerbeberechtigung für den Antiquitäten- und Kunstgegenständehandel als ruhend und erwarb mit 17.1.1986 selbst eine gleichlautende Gewerbeberechtigung; sie führt seither das Antiquitätengeschäft im eigenen Namen. Die Räumlichkeiten, in denen die Antragstellerin die Boutique betrieben hatte, wurden um einen monatlichen Mietzins von 12.000,-- S vermietet.

Seit April 1987 lebt der Antragsgegner als freischaffender Künstler in Italien.

Mit dem am 13.11.1987 beim Erstgericht eingebrachten Aufteilungsantrag beehrte die Antragstellerin die Zuweisung der Liegenschaft EZ ***** Grundbuch ***** B***** samt den dort befindlichen Fahrnissen in ihr Alleineigentum; als Gegenleistung erklärte sie sich bereit, den Antragsgegner für alle auf der Liegenschaft haftenden Verbindlichkeiten schad- und klaglos zu halten und ihm für die Dauer von drei Jahren einen monatlichen Unterstützungsbeitrag von 3.000,-- S zu gewähren.

Der Antragsgegner sprach sich gegen die beehrte Aufteilung aus und brachte vor, Atelier, Galerie und Antiquitätengeschäft gehörten zu seinem Unternehmen und seien daher nicht aufzuteilen; gleiches gelte auch für die vorhandenen Kunstgegenstände, die für den Verkauf im Unternehmen bestimmt seien.

Am 29.9.1988 - während des laufenden Aufteilungsverfahrens - kam es zu einer Aussprache der Streitteile in Italien, bei der sie eine Urkunde folgenden Inhaltes unterfertigten:

"Vereinbarung.

Die beiden geschiedenen Ehepartner Frau Gunda S***** und Herr Johann S***** einigen sich hiermit als Eigentümer der Liegenschaft in B*****, E***** 14, daß die Eigentumsverhältnisse unverändert bleiben, jedoch zugunsten der Kinder von beiden Partnern ein Belastungs- und Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen wird".

Diese Urkunde wurde von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 2.12.1988 dem Erstgericht vorgelegt und dazu vorgebracht, diese zum Großteil mündlich von juristischen Laien "in einer mehr feucht als fröhlichen Runde" getroffene Vereinbarung könne naturgemäß nicht Grundlage für eine rechtsgültige Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens bilden. Es seien jedoch offenbar die Ansätze zu einer einvernehmlichen Regelung vorhanden, diese müßte unter Mitwirkung der rechtsfreundlichen Vertreter der Parteien vorgenommen werden.

Der Antragsgegner brachte dazu vor, es sei zusätzlich eine Einigung über ein an ihn zu leistendes Entgelt für die Überlassung seiner Liegenschaftsanteile in der Höhe von 7.000,-- S monatlich erzielt worden; auf eine Aufteilung der zurückgelassenen Fahrnisse und Kunstgegenstände sei verzichtet worden, diese sollten auf der Liegenschaft verbleiben. Auf der Basis dieser Vereinbarungen sei der Antragsgegner zu einer einvernehmlichen Regelung bereit.

In der Verhandlung vom 8.4.1991 brachten die Parteien übereinstimmend vor, die Liegenschaft E***** 14 falle in die Aufteilungsmasse, die auf dem Konto Nr.141 der Sparkasse B***** und die bei der Bausparkasse ***** aushaftenden Schulden seien zu berücksichtigen. Ein für die Benützung durch beide Teile bestimmter Hausrat habe nicht bestanden. In der

Ehewohnung hätten sich antikes Mobiliar und sonstige Fahrnisse befunden, die von der gesamten Familie benützt und fallweise auch im Antiquitätengeschäft verkauft wurden. Diese Fahrnisse könnten in natura geteilt werden.

Die Antragstellerin begehrte ergänzend die Zuweisung etwa der Hälfte der in einer vom Antragsgegner angelegten Liste enthaltenen Fahrnisse, da es sich um eheliches Gebrauchsvermögen und Wertanlagen handle. Weiters beantragte sie die Aufteilung des auf dem Konto Nr.7187 der Sparkasse B***** aushaftenden Kredites und forderte die Anwendung eines Aufteilungsschlüssels von 80 : 20 zu ihren Gunsten.

Der Antragsgegner beantragte die Ausscheidung der in der von ihm angelegten Liste enthaltenen Fahrnisse als seinem Unternehmen zugehörig. Weiters verlangte er, daß die auf dem Konto Nr.7187 bei der Sparkasse Bad Ischl aushaftende Schuld nicht in die Aufteilung miteinbezogen werde, weil es sich um eine Geschäftsschuld der Antragstellerin aus dem Betrieb der Boutique handle. Er sprach sich gegen den von der Antragstellerin gewünschten Aufteilungsschlüssel aus, erklärte sich aber mit einer Belassung des Miteigentums der Parteien an der Liegenschaft und einem ausschließlichen Benützungsrecht der Antragstellerin einverstanden; bei dieser Lösung seien die Nettoerträge der Liegenschaft unter den Parteien aufzuteilen.

Das Erstgericht wies Fahrnisse im Wert von S 177.900,-- der Antragstellerin zu, solche im Werte von S 176.550,-- dem Antragsgegner (Pkt 1); weiters übertrug es die im Eigentum des Antragsgegners stehende Hälfte der Liegenschaft EZ ***** Grundbuch ***** B***** an die Antragstellerin und erkannte diese schuldig, dem Antragsgegner eine Ausgleichszahlung in der Höhe von 1,980.000,-- S samt 9,5 % Zinsen in monatlichen Raten von 25.000,-- S zu leisten; es ordnete eine pfandrechtliche Besicherung dieser Forderung des Antragsgegners an

und sprach aus, daß die Antragstellerin die Verbindlichkeiten bei der Sparkasse B***** zu Konto-Nr.141 und bei der Bausparkasse ***** aus eigenem zurückzuzahlen und den Antragsgegner schad- und klaglos zu halten habe.

Hinsichtlich der aufzuteilenden Fahrnisse führte das Erstgericht aus, dabei handle es sich teils um eheliches Gebrauchsvermögen, teils um eheliche Ersparnisse. Im übrigen vertrat es die Ansicht, es sei ein Aufteilungsschlüssel von 1 : 1 angemessen, weil sowohl die Erlöse aus der Boutique, in der der Antragsgegner mitgearbeitet habe, als auch die Erträge aus dem Antiquitätengeschäft für die Finanzierung des Hauskaufes und dessen Renovierung verwendet worden seien. Da die Antragstellerin schuldlos geschieden worden sei, sei ihrem Wunsch nach Zuweisung der Liegenschaftshälfte des Antragsgegners zu entsprechen; allerdings sei ihr eine Ausgleichszahlung aufzuerlegen, die sie bei Anspannung ihrer Kräfte auch aufbringen könne. Die der Antragstellerin gewährten Zahlungserleichterungen seien dem Antragsgegner zumutbar.

Das von beiden Parteien angerufene Rekursgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichtes betreffend die Aufteilung der Fahrnisse. Im übrigen wurde der Beschluß aber abgeändert und ausgesprochen, daß die Liegenschaft EZ *****, Grundbuch ***** B***** im Miteigentum der geschiedenen Ehegatten bleibe. Zugunsten der Antragstellerin wurde ein Bestandverhältnis begründet, welches den gesamten ersten Stock der Häuser E***** 14 und 14 a umfaßt. Der Bestandzins wurde mit S 12.337,-- monatlich festgelegt, die gesetzlichen Zinsbildungsvorschriften wurden für unanwendbar erklärt. Es wurde ausgesprochen, daß die Mithaftung der geschiedenen Ehegatten für die bei der Sparkasse B***** auf Konto-Nr.000-0000141 und der Bausparkasse ***** auf den Konten Nr.41552280-3, 46060500-3, 46060501-1 und 46060502-0 aushaftenden Kredite unverändert bleibe.

Die Anträge, auch den betrieblich genutzten Teil der Liegenschaft EZ ***** Grundbuch ***** B*****, das Verrechnungskonto für die durch den Antragsgegner bis 31.12.1985 gewerblich genutzten Flächen dieser Liegenschaft und den zu Konto-Nr.0000-007187 der Sparkasse B***** aushaftenden Kredit in das Aufteilungsverfahren einzubeziehen, wurden abgewiesen. Der Entscheidungsgegenstand wurde mit S 50.000,-- übersteigend bewertet und der ordentliche Revisionsrekurs für zulässig erklärt.

Das Rekursgericht ging (ohne nähere Begründung) davon aus, das Erdgeschoß der Gebäude Esplanade 14 und 14 a werde gewerblich genutzt. In rechtlicher Hinsicht führte es aus:

Gemäß § 82 Abs.1 Z 3 EheG seien Sachen, die zu einem Unternehmen gehörten, nicht aufzuteilen. Soweit eine Liegenschaft als Sitz des Unternehmens der geschiedenen Ehegatten benützt werde, könne sie kein Gegenstand der Aufteilung sein. Dies ändere aber nichts daran, daß die im Haus befindliche Ehewohnung in die Aufteilung einzubeziehen sei und den nach § 87 EheG zu treffenden gerichtlichen Anordnungen unterliege. Verbinde ein Liegenschaftsbesitz die Ehewohnung mit einem eindeutig abgegrenzten und selbständig zugänglichen Teil eines Hauses, der zu einem Unternehmen eines Ehegatten gehöre oder seiner Berufsausübung diene, so sei nur dieser Teil der Liegenschaft als unter den Ausnahmetatbestand des § 82 Abs.1 Z 3 EheG fallend von der Aufteilung ausgenommen. Im konkreten Fall hindere die teils gewerbliche, teils private Nutzung der Liegenschaft die Einbeziehung der gesamten Liegenschaft in die Aufteilung. Die unstrittige teilweise Widmung der Liegenschaft für Unternehmenszwecke stehe einer Verfügung über die Eigentumsverhältnisse an der Liegenschaft entgegen, weil eine Zuweisung eines ideellen Liegenschaftsanteiles an einen Ehegatten auch eine Disposition über den als Unternehmensbestandteil zu sehenden Anteil der Liegenschaft einschließen würde. Es sei daher das Miteigentum

der geschiedenen Ehegatten an der gemeinsamen Liegenschaft zu belassen. Dem Grundsatz, daß sich die Lebensbereiche der geschiedenen Ehegatten künftig möglichst wenig berühren sollten, sei auf andere geeignete Weise Rechnung zu tragen, und zwar durch Einräumung eines alleinigen Nutzungsrechtes der Antragstellerin an den nicht betrieblich genützten Räumen des gemeinsamen Hauses (also des gesamten ersten Stockes). Diese Räume seien, soweit sie nicht als Ehewohnung dienten, als eheliche Ersparnisse ebenfalls der Aufteilung zu unterziehen. Dieses Ergebnis entspreche auch der während des Aufteilungsverfahrens getroffenen Vereinbarung zwischen den Parteien. Eine Anfechtung dieser Vereinbarung sei grundsätzlich nur im Streitweg möglich, es sei auch gar nicht behauptet worden, daß der Vergleich mit Willensmängeln behaftet sei. Eine über die schriftliche Regelung hinausgehende Einigung sei allerdings nicht erwiesen worden. Die Weiterbenützung der bisherigen Ehewohnung und der sonstigen nicht betrieblich genützten Räume des Hauses durch einen Ehegatten sei daher im Aufteilungsverfahren zu regeln. Die Antragstellerin sei offensichtlich auf die Benützung der bisherigen Ehewohnung angewiesen, der Antragsgegner hingegen habe keinen Bedarf daran. Es seien daher die nicht dem Unternehmen gewidmeten Räumlichkeiten, also der gesamte erste Stock des Hauses E***** 14 und des Nebengebäudes E***** 14 a an die Antragstellerin zuzuweisen. Eine bloße Benützungsregelung trage allerdings dem Sicherungsbedürfnis der Antragstellerin an der fortdauernden Benützung der Ehewohnung nicht ausreichend Rechnung, weshalb ein Bestandverhältnis zugunsten der Antragstellerin zu begründen und ein angemessener Bestandzins festzusetzen sei. Der Mietzins habe sich dabei am Ertragswert der in Bestand gegebenen Räumlichkeiten, das seien S 12.337,-- monatlich, zu orientieren. Daneben habe die Bestandnehmerin die Umsatzsteuer und die auf das Bestandsobjekt entfallenden Betriebskosten zu entrichten. Gläubiger der Mietzinsforderung sei grundsätzlich die Miteigentümergeinschaft. Da diese lediglich aus den Streitteilen bestehe, könne eine Bezahlung des

Mietzinses in der Form angeordnet werden, daß die Antragstellerin die Hälfte des genannten Betrages an den Antragsgegner zu leisten habe. Im Hinblick auf die Möglichkeit, Teile der der Antragstellerin in Bestand gegebenen Räume zu vermieten, sei die Antragstellerin finanziell in der Lage, den festgesetzten Mietzins aufzubringen.

Für die von der Antragstellerin angestrebte unterschiedliche Gewichtung der Beiträge der Streitteile zur Schaffung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse fehlten ausreichende Anhaltspunkte. Da eine Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft nicht statfinde, habe es auch bei der Mithaftung der Ehegatten für die mit der Liegenschaft im Zusammenhang stehenden Verbindlichkeiten zu bleiben, allfällige Regreßansprüche aus der Tilgung dieser Kredite könnten mit den sich aus dem Bestandverhältnis ergebenden Forderungen aufgerechnet werden. Die vom Rekursgericht vorgenommene Aufteilung schließe zwar eine Berührung der Lebensbereiche der Parteien nicht völlig aus, dies sei jedoch schon aufgrund der teils betrieblichen, teils privaten Nutzung der Liegenschaft unvermeidlich; anderseits sei wegen des Aufenthaltes des Antragsgegners in Italien mit persönlichen Kontakten der Streitteile nur in sehr eingeschränktem Maße zu rechnen.

Die vom Erstgericht vorgenommene Aufteilung der ehelichen Fahrnisse sei zu bestätigen, weil es sich dabei überwiegend um Einrichtungs- und Hausratsgegenstände handle, die nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Streitteile zumindest vorübergehend dem ehelichen Gebrauch gewidmet waren. Gegen die vom Erstgericht gewählte Form der Aufteilung in natura in einem Wertverhältnis von 50 : 50 bestünden keine Bedenken.

Der ordentliche Revisionsrekurs wurde für zulässig erklärt, weil der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nicht eindeutig zu

entnehmen sei, ob die Ausnahmebestimmung des § 82 Abs.1 Z 3 EheG im Falle einer teils betrieblichen, teils privaten Nutzung einer im Miteigentum der Ehegatten stehenden Liegenschaft eine Aufhebung des Miteigentums im Aufteilungsverfahren hindere.

Gegen diesen Beschluß (ausgenommen die Aufteilung der Fahrnisse) richtet sich der Revisionsrekurs der Antragstellerin wegen unrichtiger Sachverhaltsfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung abzuändern und der Antragstellerin unter Festsetzung der in der erstinstanzlichen Entscheidung bestimmten Modalitäten, jedoch unter Herabsetzung der monatlichen Zahlungen auf 18.000,- S, das Alleineigentum an der gemeinsamen Liegenschaft zu übertragen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Antragsgegner hat Revisionsrekursbeantwortung erstattet und beantragt, dem Rechtsmittel der Antragstellerin keine Folge zu geben.

Der Revisionsrekurs ist zulässig und im Sinne seines Eventualantrages auch berechtigt.

Unter dem Rekursgrund der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung wendet sich die Antragstellerin dagegen, daß das Rekursgericht feststellte, das Erdgeschoß der Gebäude 14 und 14 a werde gewerblich genutzt. Diese Feststellung werde vom Rekursgericht nicht begründet, sie sei weder vom Erstgericht getroffen worden noch gebe es irgendwelche Beweisergebnisse in dieser Richtung. Vielmehr seien im Erdgeschoß der gegenständlichen Liegenschaft im Herbst 1984 lediglich zwei Räume unternehmerisch genutzt worden, der unternehmerisch genutzte Anteil des Erdgeschoßes betrage lediglich 19,33 %. Die gegenüber dem Finanzamt G***** abgegebene Widmungserklärung sei nur aus rein "steuertechnischen" Gründen erfolgt.

Zu Unrecht habe das Rekursgericht die Vereinbarung vom 29.9.1988 der Aufteilung zugrundegelegt. Der Antragsgegner habe sich auf diese Vereinbarung nur einmal gestützt, es sei zwischen den Streitteilen Stillschweigen über die Vereinbarung beschlossen worden. Die Vereinbarung habe nur den Zweck gehabt, die Liegenschaft den Kindern zu erhalten, der Antragsgegner sei zum Zeitpunkte der Vereinbarung noch nicht wieder verheiratet gewesen. Nunmehr sei der Antragsgegner aber nicht mehr bereit, seinen Kindern mehr als den Pflichtteil zukommen zu lassen, sodaß die Rechtsgrundlage für den Vergleich weggefallen sei. Es fehlte den Parteien auch am Bindungswillen, sonst hätte der Antragsgegner nicht die Einbeziehung der ganzen Liegenschaft in die Aufteilungsmasse beantragt.

Eine unrichtige rechtliche Beurteilung erblickt die Antragstellerin darin, daß das Rekursgericht das ihr als unschuldig Geschiedener zustehende Wahlrecht verletzt habe. Vielmehr habe das Rekursgericht grundsätzlich den Vorstellungen des Antragsgegners Rechnung getragen. Es sei auch nicht bedacht worden, daß nach § 84 EheG die Aufteilung so vorgenommen werden solle, daß sich die künftigen Lebensbereiche möglichst wenig berühren. In der vom Rekursgericht vorgenommenen Aufteilung liege der Keim schwerster Auseinandersetzungen. Einerseits werde weder der Garten-, Keller- oder Dachbodenbereich aufgeteilt, noch werde beachtet, daß durch die vorgenommene Aufteilung der Antragsgegner die Möglichkeit habe, die nicht der Aufteilung unterworfenen Teile der Liegenschaft zu benützen. Die Antragstellerin habe, da sie nach der Sach- und Rechtslage darauf vertrauen durfte, Alleineigentümerin zu werden, umfangreiche Investitionen getätigt. Der Antragsgegner müßte die Hälfte der hierfür erforderlichen Kosten bestreiten, er sei dazu aber nicht in der Lage. Eine Trennung der Lebensbereiche sei nur durch Zuweisung des Alleineigentums an die Antragstellerin möglich.

Es sei auch unbillig, wegen eines einzigen Raumes im Erdgeschoß die Liegenschaft nicht aufzuteilen, obwohl der Antragsgegner keinen Bedarf habe. Die Ansicht des Rekursgerichtes, es sei eine Entspannung im Verhältnis zwischen den Streitteilen eingetreten, sei unzutreffend, der Antragsgegner sei zu vernünftigen Gesprächen nicht bereit. Wenn dem Antragsgegner die Möglichkeit eingeräumt werde, zumindest Teile der Liegenschaft zu nutzen, werde er diese Möglichkeit ergreifen, weitere Auseinandersetzungen wären die unvermeidbare Folge.

Diese Ausführungen sind nur zum Teil zutreffend.

Zuerst ist darauf hinzuweisen, daß in einem Revisionsrekurs eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung nicht geltend gemacht werden kann (§ 15 AußStrG). Die diesbezüglichen Ausführungen im Revisionsrekurs der Antragstellerin sind jedoch an sich den Rekursgründen der Mangelhaftigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung (§ 15 Z 2 und Z 4 AußStrG) zuzuzählen, die unrichtige Bezeichnung schadet aber nicht.

Wie das Rekursgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, unterliegen gemäß § 82 Abs.1 Z 3 EheG Sachen, die zu einem Unternehmen gehören, nicht der Aufteilung nach § 81 EheG. Verbindet ein gemeinsam erworbener Liegenschaftsbesitz die Ehewohnung mit einem eindeutig abgegrenzten Teil des Hauses, der zum Unternehmen eines Ehegatten gehört oder seiner Berufsausübung dient, so ist dieser Teil der Liegenschaft von der Aufteilung ausgenommen (JBl. 1985, 365; Schwimann/Bernat, ABGB I, § 82 EheG Rz 10). Der Übertragung eines Anteiles des Antragsgegners an seinen Miteigentumsrechten steht im vorliegenden Fall jedenfalls die zwischen den Parteien getroffene vergleichsweise Regelung entgegen. Aus §§ 85, 97 Abs.2 EheG und aus § 230 Abs.1 letzter Satz AußStrG ergibt sich, daß der Gesetzgeber der gütlichen Einigung der Ehegatten über die Aufteilung des ehelichen

Gebrauchsvermögens den Vorrang gegenüber einer gerichtlichen Aufteilung einräumt, die erst dann und insoweit Platz greifen soll, als die gütliche Einigung ausbleibt (EvBl. 1982/160 mwN). Eine rechtswirksame Regelung nach § 97 Abs.2 EheG schließt, jedenfalls soweit sie reicht, eine Aufteilung gemäß §§ 81 ff EheG aus (Schwimann/Bernat, ABGB I, § 97 EheG Rz 7; SZ 52/129). Auch nach Einleitung des gerichtlichen Aufteilungsverfahrens kann aber - vom Gesetzgeber sogar erwünscht (§ 230 Abs.1 letzter Satz AußStrG) - eine Vereinbarung nach § 97 Abs.2 EheG zustandekommen, und zwar entweder in Form eines gerichtlichen Vergleiches oder als außergerichtliche Einigung. In beiden Fällen liegt eine zulässige und daher rechtswirksame Vereinbarung im Sinne des § 97 Abs.2 EheG vor (SZ 53/150; 4 Ob 560/91; 8 Ob 572/92). Es ist daher die Vereinbarung vom 29.9.1988, wonach die Eigentumsverhältnisse an der gemeinsamen Liegenschaft unverändert bleiben sollen, für die gerichtliche Aufteilungsentscheidung maßgeblich, sie verhindert eine Übertragung des Hälfteigentums des Antragsgegners am Wohnteil des Hauses. Der Umstand, daß die Parteien vereinbarten, über die Vereinbarung Stillschweigen zu bewahren, vermag an ihrer Wirksamkeit nichts zu ändern. Eine Anfechtung der zulässig getroffenen Vereinbarung könnte nur im Streitverfahren erfolgen (MietSlg. 38.696). Wenn die Antragstellerin meint, der Antragsgegner habe sich nur einmal auf diese Vereinbarung gestützt, ist ihr entgegenzuhalten, daß sie selbst die schriftliche Urkunde vorgelegt und ausgeführt hat, es seien offenbar die Ansätze zu einer einvernehmlichen Regelung vorhanden (ON 10). Ein einvernehmliches Abgehen von dieser Vereinbarung wurde nicht festgestellt und der Antragsgegner hat die auf diese Vereinbarung gestützte Entscheidung des Rekursgerichtes auch nicht weiter bekämpft.

Richtig ist zwar die Ansicht der Antragstellerin, ihr Aufteilungswunsch müsse, da sie an der Auflösung der Ehe schuldlos sei, Anerkennung finden (EFSlg. 60.390); im vorliegenden Fall ist aber eine Berücksichtigung dieses Aufteilungswunsches (Begründung des

Alleineigentums) nicht möglich, weil die Parteien vereinbarten, es solle bei den bisherigen Eigentumsverhältnissen bleiben. Diese Vereinbarung steht auch einer weiteren Trennung der Lebensbereiche der geschiedenen Ehegatten (§ 84 EheG) entgegen.

Zutreffend weist die Antragstellerin in ihrem Revisionsrekurs allerdings darauf hin, daß die Tatsachenfeststellung des Rekursgerichtes, das Erdgeschoß der Gebäude E***** 14 und 14 a werde gewerblich genutzt, jeglicher Grundlage entbehrt. Das Erstgericht hat eine derartige Tatsachenfeststellung nicht getroffen und das Rekursgericht hat nicht ausgeführt, wie es zu dieser Feststellung kam. Die Entscheidung des Rekursgerichtes leidet insofern an einem Mangel, der eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache zu hindern geeignet ist (§ 15 Z 2 AußStrG). Dieser Mangel ist für die Entscheidung relevant, weil, wie schon oben ausgeführt, nur die unternehmerisch genützten Räumlichkeiten von der Aufteilung ausgenommen sind. Das Rekursgericht wird sich im fortzusetzenden Verfahren mit der Frage, welche Räumlichkeiten (im Erdgeschoß) zu den Unternehmen der Streitteile gehörten, auseinanderzusetzen und darüber eine begründete Feststellung zu treffen haben. Sollte nicht das gesamte Erdgeschoß unternehmerisch genutzt worden sein, so ist über die verbleibenden Räume eine Regelung zu treffen.

Es war daher dem Revisionsrekurs der Antragstellerin Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung aufzuheben.

Die Entscheidung über die Kosten der Rechtsmittelschriften mußte vorbehalten werden, weil sich die Billigkeitserwägungen des § 234 AußStrG erst nach Abschluß des Verfahrens anstellen lassen (SZ 53/48).