

# TE OGH 2011/12/22 1Ob235/11g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.12.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Grohmann, Mag. Wurzer und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei N\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wenzel Schmolke, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei und den Gegner der gefährdeten Partei S\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Leopold Hirsch, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Leistung von einstweiligem Unterhalt, über den ordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei und des Gegners der gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Salzburg als Rekursgericht vom 27. Juli 2011, GZ 21 R 132/11z-12, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Salzburg vom 14. Februar 2011, GZ 3 C 3/11t-4, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Der Beklagte und Gegner der gefährdeten Partei ist schuldig, der Klägerin und gefährdeten Partei die mit 559,15 EUR (darin enthalten 93,19 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Zwischen den Streitteilen, die beide österreichische Staatsangehörige sind, ist ein Ehescheidungsverfahren anhängig. Der Ehe entstammt eine volljährige und selbsterhaltungsfähige Tochter. Die häusliche Gemeinschaft der Streitteile ist seit einem heftigen Streit am 10. 9. 2010 aufgehoben, bei dem die Klägerin und gefährdete Partei (im Folgenden: Klägerin) dem Beklagten und Gegner der gefährdeten Partei (im Folgenden: Beklagter) vorwarf, zum wiederholten Mal eine außereheliche Beziehung zu einer anderen Frau zu unterhalten. Nach diesem Vorfall zog der Beklagte aus der gemeinsamen Ehwohnung aus und kehrte nicht mehr zurück. Die Klägerin verblieb zusammen mit der gemeinsamen Tochter in der Ehwohnung. Bis zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft führte die Klägerin überwiegend den gemeinsamen Haushalt.

Der Beklagte ist als Angestellter beschäftigt und bezieht ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von 3.597,14 EUR. Die Klägerin bezieht als Arbeiterin ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von 1.254,50 EUR inklusive anteiliger Sonderzahlungen. Bis Ende September 2010 trug der Beklagte die gesamten monatlichen Aufwendungen für die Ehwohnung. Seit Oktober 2010 erbringt er keine Zahlungen mehr an die Klägerin. Diese trägt seit Oktober 2010 die laufenden monatlichen Aufwendungen für die Wohnung alleine (Miete von 590,50 EUR; Verwaltungskosten von 42,52 EUR und 38 EUR für Energieverbrauch). Die gemeinsame Tochter leistet

keine Beiträge zu den Wohnungskosten. Der Beklagte wendet für seine aktuelle Mietwohnung monatlich 770 EUR inklusive Betriebskosten auf. Daneben bezahlt er monatliche Kreditraten für einen Pkw von 450 EUR samt monatlichen Vollkaskoprämien in Höhe von 230 EUR. Weitere Schulden hat er nicht.

Die Klägerin brachte die Ehescheidungsklage ein und verband damit den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO, mit welchem sie einen monatlichen einstweiligen Unterhalt von (zuletzt) 600 EUR bis zur rechtskräftigen Beendigung des Scheidungsverfahrens begehrte. Sie brachte dazu zusammengefasst vor, dass der Beklagte trotz eines wesentlich höheren Nettoeinkommens keinerlei Unterhalt für sie leiste. Die Klägerin brachte die Ehescheidungsklage ein und verband damit den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO, mit welchem sie einen monatlichen einstweiligen Unterhalt von (zuletzt) 600 EUR bis zur rechtskräftigen Beendigung des Scheidungsverfahrens begehrte. Sie brachte dazu zusammengefasst vor, dass der Beklagte trotz eines wesentlich höheren Nettoeinkommens keinerlei Unterhalt für sie leiste.

Der Beklagte wandte - soweit für das Revisionsrekursverfahren von Relevanz - ein, die Klägerin verfüge über ausreichendes eigenes Einkommen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Ihr Einkommen liege wesentlich über dem Existenzminimum.

Das Erstgericht erließ die begehrte einstweilige Verfügung. Der Klägerin stehe gemäß § 94 ABGB als wirtschaftlich schwächerer Ehegattin unter Berücksichtigung ihres Eigeneinkommens ein Anteil von etwa 40 % des Familieneinkommens zu, sodass ihr einstweiliger Unterhaltsanspruch von monatlich 600 EUR berechtigt sei. Der Beklagte erbringe seit Oktober 2010 keinerlei anrechenbare Unterhaltsleistungen, wodurch eine Unterhaltsverletzung vorliege. Das Erstgericht erließ die begehrte einstweilige Verfügung. Der Klägerin stehe gemäß Paragraph 94, ABGB als wirtschaftlich schwächerer Ehegattin unter Berücksichtigung ihres Eigeneinkommens ein Anteil von etwa 40 % des Familieneinkommens zu, sodass ihr einstweiliger Unterhaltsanspruch von monatlich 600 EUR berechtigt sei. Der Beklagte erbringe seit Oktober 2010 keinerlei anrechenbare Unterhaltsleistungen, wodurch eine Unterhaltsverletzung vorliege.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung. Rechtlich führte es aus, in der Lehre (Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, EheG, § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO Rz 15) werde mit „durchaus bedenkenswerten Argumenten“ die Auffassung vertreten, dass im Provisorialverfahren Unterhalt nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß, soweit es zur bescheidenen Lebensführung erforderlich sei, gewährt werden sollte, was letztlich bedeuten würde, dass Unterhaltsberechtigte mit Eigeneinkommen praktisch nicht in den Genuss von Provisorialunterhalt kommen würden, sofern ihr Eigeneinkommen für ihren notwendigen Unterhalt ausreiche. Dieser Argumentation habe sich allerdings der Oberste Gerichtshof bisher verschlossen und die Auffassung vertreten, dass die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Unterhaltsbegehrens völlig dieselben bleiben, einerlei, ob der Anspruch als Klagebegehren in einem Rechtsstreit oder als Provisorialbegehren in einem Sicherungsverfahren verfolgt werde. Als materiell-rechtliche Grundlage des Provisorialunterhaltsbegehrens komme § 94 ABGB zur Anwendung. Aus der als Orientierungshilfe herangezogenen Formel, wonach dem wirtschaftlich Schwächeren einschließlich seines eigenen Einkommens ein Anteil von 40 % des für beide Ehegatten zur Verfügung stehenden Familieneinkommens zustehe, errechne sich ein Betrag, der etwas über dem Provisorialunterhaltsbegehren der Klägerin liege. Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung. Rechtlich führte es aus, in der Lehre (Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, EheG, Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO Rz 15) werde mit „durchaus bedenkenswerten Argumenten“ die Auffassung vertreten, dass im Provisorialverfahren Unterhalt nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß, soweit es zur bescheidenen Lebensführung erforderlich sei, gewährt werden sollte, was letztlich bedeuten würde, dass Unterhaltsberechtigte mit Eigeneinkommen praktisch nicht in den Genuss von Provisorialunterhalt kommen würden, sofern ihr Eigeneinkommen für ihren notwendigen Unterhalt ausreiche. Dieser Argumentation habe sich allerdings der Oberste Gerichtshof bisher verschlossen und die Auffassung vertreten, dass die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Unterhaltsbegehrens völlig dieselben bleiben, einerlei, ob der Anspruch als Klagebegehren in einem Rechtsstreit oder als Provisorialbegehren in einem Sicherungsverfahren verfolgt werde. Als materiell-rechtliche Grundlage des Provisorialunterhaltsbegehrens komme Paragraph 94, ABGB zur Anwendung. Aus der als Orientierungshilfe herangezogenen Formel, wonach dem wirtschaftlich Schwächeren einschließlich seines eigenen Einkommens ein Anteil von 40 % des für beide Ehegatten zur Verfügung stehenden Familieneinkommens zustehe, errechne sich ein Betrag, der etwas über dem Provisorialunterhaltsbegehren der Klägerin liege.

Das Rekursgericht sprach nachträglich über Abänderungsantrag des Beklagten aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Diesen Ausspruch begründete es mit den Rechtsansichten von Gitschthaler (aaO) und König (Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>2</sup> Rz 2/135) sowie damit, aus nicht näher zitierten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs könne erschlossen werden, dass ein „ausreichendes“ Eigeneinkommen des Anspruchswerbers unter Bedachtnahme auf die Umstände des Einzelfalls sehr wohl zu einer Versagung von Provisorialunterhalt führen könne. Eine Änderung der herrschenden Judikaturlinie des Obersten Gerichtshofs sei in dieser für eine Vielzahl gleichartiger Fälle bedeutsamen Frage „durchaus im Bereich des Möglichen“.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der ordentliche Revisionsrekurs des Beklagten ist im Hinblick auf die Kritik der Lehre zulässig, jedoch nicht berechtigt.

1. Voraussetzung für die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung nach § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO ist die Verletzung der Unterhaltspflicht im Antragszeitpunkt oder doch zumindest bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag (RIS-Justiz RS0114824). Eine Verletzung der Unterhaltspflicht liegt vor, wenn die freiwilligen Leistungen des Verpflichteten den gesetzlichen Unterhaltsanspruch nicht decken (RIS-Justiz RS0005592). Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Scheidung und den Verschuldensauspruch kann provisorischer Unterhalt nach § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO begehrt werden (7 Ob 2/10k mwN). 1. Voraussetzung für die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung nach Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO ist die Verletzung der Unterhaltspflicht im Antragszeitpunkt oder doch zumindest bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag (RIS-Justiz RS0114824). Eine Verletzung der Unterhaltspflicht liegt vor, wenn die freiwilligen Leistungen des Verpflichteten den gesetzlichen Unterhaltsanspruch nicht decken (RIS-Justiz RS0005592). Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Scheidung und den Verschuldensauspruch kann provisorischer Unterhalt nach Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO begehrt werden (7 Ob 2/10k mwN).

2. Die Auferlegung eines einstweiligen Unterhalts nach § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO ist nur bei einem gesetzlichen Unterhaltsanspruch möglich. Schon der historische Gesetzgeber wollte mit der Vorgängerbestimmung den gesetzlichen Unterhaltsanspruch des Ehepartners sichern (6 Ob 228/01z mwN). Die gefährdete Partei hat im Unterhaltsprovisorialverfahren zwar nicht die Gefährdung ihres Anspruchs zu bescheinigen, wohl aber Unterhaltsanspruch und Unterhaltsverletzung, das heißt, sie hat auch die materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen darzutun. Dazu gehören bei Ehegatten Grund und Höhe des Anspruchs, die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, dessen Lebensumstände sowie die Unterhaltsgrundlagen des § 94 Abs 2 ABGB bei aufrechter Ehe bzw die Unzumutbarkeit eigener Erwerbstätigkeit oder das Fehlen von Vermögenserträgen nach Scheidung der Ehe (6 Ob 210/06k mwN). Die Klägerin macht hier einen Ergänzungsanspruch auf der materiellrechtlichen Grundlage von § 94 ABGB gegen den besser verdienenden Beklagten, der keinen Unterhalt leistet, geltend. 2. Die Auferlegung eines einstweiligen Unterhalts nach Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO ist nur bei einem gesetzlichen Unterhaltsanspruch möglich. Schon der historische Gesetzgeber wollte mit der Vorgängerbestimmung den gesetzlichen Unterhaltsanspruch des Ehepartners sichern (6 Ob 228/01z mwN). Die gefährdete Partei hat im Unterhaltsprovisorialverfahren zwar nicht die Gefährdung ihres Anspruchs zu bescheinigen, wohl aber Unterhaltsanspruch und Unterhaltsverletzung, das heißt, sie hat auch die materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen darzutun. Dazu gehören bei Ehegatten Grund und Höhe des Anspruchs, die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, dessen Lebensumstände sowie die Unterhaltsgrundlagen des Paragraph 94, Absatz 2, ABGB bei aufrechter Ehe bzw die Unzumutbarkeit eigener Erwerbstätigkeit oder das Fehlen von Vermögenserträgen nach Scheidung der Ehe (6 Ob 210/06k mwN). Die Klägerin macht hier einen Ergänzungsanspruch auf der materiellrechtlichen Grundlage von Paragraph 94, ABGB gegen den besser verdienenden Beklagten, der keinen Unterhalt leistet, geltend.

3.1. Nach ständiger Rechtsprechung (8 Ob 1647/91; 1 Ob 179/00f; 9 Ob 113/01k; 6 Ob 22/02g; 6 Ob 23/02d; 6 Ob 134/03d; 3 Ob 243/03m; 5 Ob 29/04g; 6 Ob 299/05x uva) und herrschender Lehre (Hopf/Kathrein, Eherecht<sup>2</sup> § 382 EO Anm 7; Zechner, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung [2000] Rz 8 und 9 zu § 382 EO, 158 f; Kininger, Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Rechtsverhältnissen [1991] 75; E. Kodek in Angst EO<sup>2</sup> § 382 Rz 43; Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 382 Rz 21, 29; Deixler-Hübner/Schwarzinger, Die rechtliche Stellung der Frau [1998] 37; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>5</sup> 76) ist Gegenstand einer Provisorialmaßnahme nach § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO der einstweilige angemessene und nicht bloß der notwendige Unterhalt, handelt es sich doch um eine besondere einstweilige Verfügung, die dem Berechtigten einen in der Regel endgültig zustehenden Unterhalt zuerkennt, wobei die materiellrechtlichen Grundlagen des Unterhaltsanspruchs im Haupt- und im Provisorialverfahren gleich sind. 3.1. Nach

ständiger Rechtsprechung (8 Ob 1647/91; 1 Ob 179/00f; 9 Ob 113/01k; 6 Ob 22/02g; 6 Ob 23/02d; 6 Ob 134/03d; 3 Ob 243/03m; 5 Ob 29/04g; 6 Ob 299/05x uva) und herrschender Lehre (Hopf/Kathrein, Ehe<sup>2</sup> Paragraph 382, EO Anmerkung 7, ; Zechner, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung [2000] Rz 8 und 9 zu Paragraph 382, EO, 158 f; Kininger, Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Rechtsverhältnissen [1991] 75; E. Kodek in Angst EO<sup>2</sup> Paragraph 382, Rz 43; Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO Paragraph 382, Rz 21, 29; Deixler-Hübner/Schwarzinger, Die rechtliche Stellung der Frau [1998] 37; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>5</sup> 76) ist Gegenstand einer Provisorialmaßnahme nach Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO der einstweilige angemessene und nicht bloß der notwendige Unterhalt, handelt es sich doch um eine besondere einstweilige Verfügung, die dem Berechtigten einen in der Regel endgültig zustehenden Unterhalt zuerkennt, wobei die materiellrechtlichen Grundlagen des Unterhaltsanspruchs im Haupt- und im Provisorialverfahren gleich sind.

3.2. König (Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>3</sup> [2007] Rz 4/7, 4/15) erachtet es als systemgerechter und wegen der Zweckbestimmung einstweiliger Regelungen folgerichtiger, den einstweiligen Unterhalt auf das notwendige Ausmaß zu beschränken. Einstweiliger Unterhalt sollte der gefährdeten Partei eine bescheidene Lebensführung (vgl etwa § 5 Abs 1 KO [nunmehr: IO]) ermöglichen. Ein solcher Anspruch stünde nicht zu, wenn und insoweit zur momentanen Deckung der Lebensführung Eigenmittel der gefährdeten Partei vorhanden seien. Verfüge etwa die gefährdete Partei über hierzu ausreichendes eigenes Einkommen, so wäre - unbeschadet eines ihr zustehenden Unterhaltsanspruchs - ein einstweiliger Unterhalt gemäß § 382 Z 8 lit a EO nicht zu gewähren. 3.2. König (Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>3</sup> [2007] Rz 4/7, 4/15) erachtet es als systemgerechter und wegen der Zweckbestimmung einstweiliger Regelungen folgerichtiger, den einstweiligen Unterhalt auf das notwendige Ausmaß zu beschränken. Einstweiliger Unterhalt sollte der gefährdeten Partei eine bescheidene Lebensführung vergleiche etwa Paragraph 5, Absatz eins, KO [nunmehr: IO]) ermöglichen. Ein solcher Anspruch stünde nicht zu, wenn und insoweit zur momentanen Deckung der Lebensführung Eigenmittel der gefährdeten Partei vorhanden seien. Verfüge etwa die gefährdete Partei über hierzu ausreichendes eigenes Einkommen, so wäre - unbeschadet eines ihr zustehenden Unterhaltsanspruchs - ein einstweiliger Unterhalt gemäß Paragraph 382, Ziffer 8, Litera a, EO nicht zu gewähren.

Dieser Rechtsansicht schloss sich Gitschthaler (Unterhaltsrecht<sup>2</sup> [2008] Rz 825 Anm 4.; ders in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR [2011] § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO Rz 15) insofern an, als Unterhalt aufgrund einer Unterhalts-EV nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß, soweit es zur bescheidenen Lebensführung erforderlich sei, gewährt werden könne. Das Provisorialverfahren sei ein Bescheinigungsverfahren mit eingeschränkten Verfahrensgarantien; manche Beweise (etwa die Beiziehung von Sachverständigen) seien praktisch ausgeschlossen. Habe der Unterhaltspflichtige aufgrund einer unrichtigen Unterhaltsverfügung zuviel Unterhalt bezahlt, scheide aber eine Rückforderung praktisch aus. Gewähre man daher dem Unterhaltsberechtigten angemessenen, also Unterhalt nach der Prozentwertmethode, stelle dies letztlich eine Ungleichbehandlung dar. Sei nämlich der Provisorialunterhalt zu gering bemessen gewesen, könne ihn der Unterhaltsberechtigte durchaus nachfordern; zu viel bezogenen brauche er hingegen nicht herauszugeben. Da die Unterhaltsverfügung in der Regel bis zur Beendigung des Hauptverfahrens erlassen werde, brauche der Unterhaltsberechtigte lediglich die Feststellung seiner Unterhaltsansprüche im Hauptverfahren hinauszögern. Es erschiene daher durchaus sachgerecht, bei Erlassung einer Unterhaltsverfügung verstärkt darauf zu achten, ob tatsächlich die Lebenshaltung des Unterhaltsberechtigten gefährdet scheine. Dies werde insbesondere in jenen Fällen nicht der Fall sein, in denen der gefährdete Ehegatte Eigeneinkommen beziehe und lediglich Ergänzungsunterhalt geltend mache. Dabei könnte man sich am Ausgleichszulagenrichtsatz bei Ehegatten und an den Regel- oder Durchschnittsbedarfsätzen bei Kindern orientieren. Dieser Rechtsansicht schloss sich Gitschthaler (Unterhaltsrecht<sup>2</sup> [2008] Rz 825 Anmerkung 4., ; ders in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR [2011] Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO Rz 15) insofern an, als Unterhalt aufgrund einer Unterhalts-EV nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß, soweit es zur bescheidenen Lebensführung erforderlich sei, gewährt werden könne. Das Provisorialverfahren sei ein Bescheinigungsverfahren mit eingeschränkten Verfahrensgarantien; manche Beweise (etwa die Beiziehung von Sachverständigen) seien praktisch ausgeschlossen. Habe der Unterhaltspflichtige aufgrund einer unrichtigen Unterhaltsverfügung zuviel Unterhalt bezahlt, scheide aber eine Rückforderung praktisch aus. Gewähre man daher dem Unterhaltsberechtigten angemessenen, also Unterhalt nach der Prozentwertmethode, stelle dies letztlich eine Ungleichbehandlung dar. Sei nämlich der Provisorialunterhalt zu gering bemessen gewesen, könne ihn der Unterhaltsberechtigte durchaus nachfordern; zu viel bezogenen brauche er hingegen nicht herauszugeben. Da die Unterhaltsverfügung in der Regel bis zur Beendigung des Hauptverfahrens erlassen werde, brauche der Unterhaltsberechtigte lediglich die Feststellung seiner Unterhaltsansprüche im Hauptverfahren hinauszögern. Es

erschiene daher durchaus sachgerecht, bei Erlassung einer Unterhaltsverfügung verstärkt darauf zu achten, ob tatsächlich die Lebenshaltung des Unterhaltsberechtigten gefährdet scheine. Dies werde insbesondere in jenen Fällen nicht der Fall sein, in denen der gefährdete Ehegatte Eigeneinkommen beziehe und lediglich Ergänzungsunterhalt geltend mache. Dabei könnte man sich am Ausgleichszulagenrichtsatz bei Ehegatten und an den Regel- oder Durchschnittsbedarfsätzen bei Kindern orientieren.

3.3. Der erkennende Senat sieht sich durch die zu Punkt 3.2. wiedergegebene Kritik der Lehre nicht dazu veranlasst, die zu Punkt 3.1. referierte Rechtsprechung aufzugeben. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass sich der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 6 Ob 134/03d - wenn auch ohne nähere Auseinandersetzung - der Rechtsansicht von König nicht anschloss.

Dass im Provisorialverfahren angemessener und nicht bloß notwendiger Unterhalt auf gleicher materiellrechtlicher Grundlage wie im Hauptverfahren gewährt werden soll, entspricht - wie König (aaO Rz 4/1, 4/15) unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien selbst ausführt - dem Willen des historischen Gesetzgebers. Dieser wollte an der seinerzeit geltenden Rechtslage nichts ändern und fand eine auf § 117 ABGB aF aufbauende Praxis vor. § 117 ABGB aF bestimmte für Streitigkeiten „bei einer Trennung der Ehe“, dass „inzwischen aber der Ehegattin und den Kindern der anständige Unterhalt auszumessen ist“. Auch anlässlich der Änderung des § 382 Abs 1 Z 8 EO durch Art IV des Bundesgesetzes über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl 1975/412, wollte man an der „eingelebten und in sehr vielen Anwendungsfällen bewährten Einrichtung grundsätzlich festhalten“ (Kininger aaO 71 unter Berufung auf Ent/Hopf, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe [1976] 188 Anm 2). Damit spricht aber die Intention des (historischen) Gesetzgebers eindeutig gegen eine einschränkende Auslegung. Dass im Provisorialverfahren angemessener und nicht bloß notwendiger Unterhalt auf gleicher materiellrechtlicher Grundlage wie im Hauptverfahren gewährt werden soll, entspricht - wie König (aaO Rz 4/1, 4/15) unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien selbst ausführt - dem Willen des historischen Gesetzgebers. Dieser wollte an der seinerzeit geltenden Rechtslage nichts ändern und fand eine auf Paragraph 117, ABGB aF aufbauende Praxis vor. Paragraph 117, ABGB aF bestimmte für Streitigkeiten „bei einer Trennung der Ehe“, dass „inzwischen aber der Ehegattin und den Kindern der anständige Unterhalt auszumessen ist“. Auch anlässlich der Änderung des Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, EO durch Artikel römisch vier, des Bundesgesetzes über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl 1975/412, wollte man an der „eingelebten und in sehr vielen Anwendungsfällen bewährten Einrichtung grundsätzlich festhalten“ (Kininger aaO 71 unter Berufung auf Ent/Hopf, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe [1976] 188 Anmerkung 2, ). Damit spricht aber die Intention des (historischen) Gesetzgebers eindeutig gegen eine einschränkende Auslegung.

Weshalb sich ein Unterhaltsberechtigter, dem der angemessene Unterhalt aufgrund des bescheinigten Sachverhalts vorenthalten wird, wie ein Gemeinschuldner im Interesse seiner Gläubiger mit dem für eine bescheidene Lebensführung erforderlichen Unterhalt begnügen sollte, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die § 5 Abs 1 IO (vormals KO) zu Grunde liegenden Wertungen unterscheiden sich erheblich von jenen, die dem Gesetzgeber Anlass gaben, Unterhaltsberechtigten nach Bescheinigung einer Unterhaltsverletzung eine angemessene Existenz durch Zubilligung einer vorläufigen Leistung zu sichern. Der (Gemein-)Schuldner soll sich im Interesse seiner Gläubiger auf das Notwendigste beschränken, damit diesen nicht auch noch sein angemessener Unterhalt durch Erhöhung ihres Forderungsausfalls zur Last fällt. Dagegen soll sich der Gläubiger eines bescheinigten gesetzlichen Unterhaltsanspruchs im Interesse seines Schuldners gerade nicht auf das Notwendigste einschränken müssen. Eine Analogiefähigkeit dieser insolvenzrechtlichen Norm ist daher zu verneinen (so zutr Zechner aaO Rz 8 zu § 382 EO 158). Weshalb sich ein Unterhaltsberechtigter, dem der angemessene Unterhalt aufgrund des bescheinigten Sachverhalts vorenthalten wird, wie ein Gemeinschuldner im Interesse seiner Gläubiger mit dem für eine bescheidene Lebensführung erforderlichen Unterhalt begnügen sollte, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Paragraph 5, Absatz eins, IO (vormals KO) zu Grunde liegenden Wertungen unterscheiden sich erheblich von jenen, die dem Gesetzgeber Anlass gaben, Unterhaltsberechtigten nach Bescheinigung einer Unterhaltsverletzung eine angemessene Existenz durch Zubilligung einer vorläufigen Leistung zu sichern. Der (Gemein-)Schuldner soll sich im Interesse seiner Gläubiger auf das Notwendigste beschränken, damit diesen nicht auch noch sein angemessener Unterhalt durch Erhöhung ihres Forderungsausfalls zur Last fällt. Dagegen soll sich der Gläubiger eines bescheinigten gesetzlichen

Unterhaltsanspruchs im Interesse seines Schuldners gerade nicht auf das Notwendigste einschränken müssen. Eine Analogiefähigkeit dieser insolvenzrechtlichen Norm ist daher zu verneinen (so zutr Zechner aaO Rz 8 zu Paragraph 382, EO 158).

Der Kritik Gitschthalers, dass in bestimmten Verfahrenskonstellationen unbillige Ergebnisse erzielt würden, kann entgegnet werden, dass einerseits bei der Erlassung der Provisorialmaßnahme nach § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO der Sachverhalt im Allgemeinen möglichst genau zu ermitteln ist (1 Ob 179/00f; 9 Ob 113/01k; 5 Ob 29/04g ua) und andererseits überhöhter oder gar nicht zustehender einstweiliger Unterhalt jedenfalls bei Schlechtgläubigkeit des Empfängers zurückgefordert werden kann (siehe E. Kodek aaO § 382 Rz 52; Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR [2011] § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO Rz 44 ff; Sailer aaO § 382 Rz 31, jeweils mwN zur neueren Rechtsprechung). Dadurch lassen sich regelmäßig sachgerechte, im Einklang mit den gesetzgeberischen Wertungen liegende Ergebnisse erzielen. Für eine Einschränkung des einstweilig zu leistenden Unterhalts auf einen notdürftigen - entsprechend einem Postulat der Gefährdung der tatsächlichen Lebenshaltung des Unterhaltsberechtigten - finden sich weder in § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO noch in der Absicht des (historischen) Gesetzgebers Anhaltspunkte. Der Kritik Gitschthalers, dass in bestimmten Verfahrenskonstellationen unbillige Ergebnisse erzielt würden, kann entgegnet werden, dass einerseits bei der Erlassung der Provisorialmaßnahme nach Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO der Sachverhalt im Allgemeinen möglichst genau zu ermitteln ist (1 Ob 179/00f; 9 Ob 113/01k; 5 Ob 29/04g ua) und andererseits überhöhter oder gar nicht zustehender einstweiliger Unterhalt jedenfalls bei Schlechtgläubigkeit des Empfängers zurückgefordert werden kann (siehe E. Kodek aaO Paragraph 382, Rz 52; Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR [2011] Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO Rz 44 ff; Sailer aaO Paragraph 382, Rz 31, jeweils mwN zur neueren Rechtsprechung). Dadurch lassen sich regelmäßig sachgerechte, im Einklang mit den gesetzgeberischen Wertungen liegende Ergebnisse erzielen. Für eine Einschränkung des einstweilig zu leistenden Unterhalts auf einen notdürftigen - entsprechend einem Postulat der Gefährdung der tatsächlichen Lebenshaltung des Unterhaltsberechtigten - finden sich weder in Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO noch in der Absicht des (historischen) Gesetzgebers Anhaltspunkte.

4. Die Vorinstanzen haben zutreffend den zugesprochenen monatlichen einstweiligen Unterhalt auf der materiellrechtlichen Grundlage des § 94 ABGB ausgemittelt. Die Rechtsprechung erkennt bei beiderseitigen Einkünften dem weniger verdienenden Ehepartner 40 % des Familieneinkommens abzüglich seines Eigeneinkommens zu (RIS-Justiz RS0012492). 4. Die Vorinstanzen haben zutreffend den zugesprochenen monatlichen einstweiligen Unterhalt auf der materiellrechtlichen Grundlage des Paragraph 94, ABGB ausgemittelt. Die Rechtsprechung erkennt bei beiderseitigen Einkünften dem weniger verdienenden Ehepartner 40 % des Familieneinkommens abzüglich seines Eigeneinkommens zu (RIS-Justiz RS0012492).

Dem Revisionsrekurs des Beklagten ist daher der Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 402, 78 EO iVm §§ 41, 50 ZPO. Der Antrag auf einstweiligen Unterhalt sichert nicht den im Hauptverfahren geltend gemachten Anspruch auf Ehescheidung. Er besteht davon unabhängig, sodass die Kostenersatzpflicht unabhängig vom Ausgang des Scheidungsverfahrens besteht (7 Ob 2/10k mwN). In einem solchen Fall, in dem die Kosten keinen Annex des Hauptanspruchs bilden, ist auch über die Kosten der gefährdeten Partei bereits im Provisorialverfahren abzusprechen (2 Ob 193/06f = SZ 2007/18 mwN). Die Klägerin drang im Unterhaltsprovisorialverfahren mit ihrem Anspruch zur Gänze durch. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 402, 78, EO in Verbindung mit Paragraphen 41, 50, ZPO. Der Antrag auf einstweiligen Unterhalt sichert nicht den im Hauptverfahren geltend gemachten Anspruch auf Ehescheidung. Er besteht davon unabhängig, sodass die Kostenersatzpflicht unabhängig vom Ausgang des Scheidungsverfahrens besteht (7 Ob 2/10k mwN). In einem solchen Fall, in dem die Kosten keinen Annex des Hauptanspruchs bilden, ist auch über die Kosten der gefährdeten Partei bereits im Provisorialverfahren abzusprechen (2 Ob 193/06f = SZ 2007/18 mwN). Die Klägerin drang im Unterhaltsprovisorialverfahren mit ihrem Anspruch zur Gänze durch.

### **Schlagworte**

Exekutionsrecht, Unterhaltsrecht

### **Textnummer**

E99583

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:0010OB00235.11G.1222.000

**Im RIS seit**

20.01.2012

**Zuletzt aktualisiert am**

12.03.2013

**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)