

TE OGH 2004/5/11 50b29/04g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.05.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann, Dr. Baumann und Dr. Hradil sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Mag. Gabriele V*****, vertreten durch Mag. Johannes Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei und Gegner der gefährdeten Partei Andreas V*****, vertreten durch Dr. Georg Zanger, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterhalt und einstweiliger Verfügung, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 25. November 2003, GZ 44 R 749/03b-79, womit der Beschluss des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 16. Mai 2003, GZ 9 C 204/01x-69, abgeändert wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs des Beklagten wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens sind weitere Kosten des Provisorialverfahrens.

Text

Begründung:

Zwischen den Streitteilen ist ein Ehescheidungsverfahren anhängig. Die Klägerin und gefährdete Partei (im Folgenden nur Klägerin genannt) begehrt vom Beklagten und Gegner der gefährdeten Partei (im Folgenden nur Beklagter genannt) einen monatlichen Unterhalt von EUR 7.267,21 monatlich ab dem 1. 11. 2001. Weiters begehrt sie einen einstweiligen Unterhalt zuletzt in der Höhe von EUR 3.240 monatlich ab dem 12. 12. 2001 und behauptet eine Unterhaltsbemessungsgrundlage von rund EUR 13.000 monatlich. Die Klägerin sei einkommenslos, sie habe den ehelichen Haushalt geführt und betreue die gemeinsame vierjährige Tochter.

Der Beklagte beantragte Abweisung des Provisorialbegehrens und wendete im Wesentlichen ein, er habe im Jahr 2001 laut Einnahmen-Ausgaben-Rechnung seines Steuerberaters lediglich ein Jahresnettoeinkommen von S 1,243.750 erzielt. Unter Berücksichtigung eines Kursverlustes seiner Wertpapiere über insgesamt S 452.175 sei ihm ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von rund S 60.000 im Jahr 2001 verblieben. Im Jahr 2002 entspreche dies einem durchschnittlichen Nettoeinkommen von etwa EUR 4.000. Unter Berücksichtigung der Unterhaltszahlungen für die gemeinsame minderjährige Tochter und der Unterhaltspflicht für ein weiteres minderjähriges Kind ergebe sich,

dass der vom Beklagten der Klägerin monatlich geleistete Unterhaltsbetrag von EUR 1.453 angemessen sei. Außer Streit steht, dass der Beklagte der Klägerin neben dem laufenden Unterhalt für die gemeinsame Tochter von EUR 581 monatlich seit 1. 12. 2001 einen monatlichen Unterhalt von EUR 1.453 bezahlt. Das Erstgericht stellte fest, dass der Beklagte in der Zeit von Oktober 2001 bis April 2002 insgesamt Bruttohonorare von EUR 122.085 exklusive Mehrwertsteuer erzielt habe, was einem Monatsdurchschnitt von rund EUR 17.440 entspreche. Er bediene sich eines Managers, die Aufwendungen für sein beruflich verwendetes Büro betrügen monatlich EUR 643. Der Beklagte habe am 28. 10. 2002 auf Ersuchen der Klägerin S 100.000 auf deren Konto einbezahlt, welchen Betrag die Klägerin zur Bestreitung ihres Unterhalts verwenden habe können. Im November 2001 habe die Klägerin S 100.000 vom Konto des Beklagten abgehoben und diesen Betrag zur Anschaffung einer eigenen Wohnung verwendet. Das Erstgericht vertrat in rechtlicher Hinsicht die Ansicht, dass der Klägerin unter Berücksichtigung der Sorgepflichten des Beklagten für zwei minderjährige Kinder ein Unterhaltsanspruch von 25 % seines monatlichen Nettoeinkommens, somit EUR 2.415 zustehe. Dabei ging es von einer durchschnittlichen Abgabenquote von 42,5 % aus und beurteilte, dass Verluste aus Vermögensveranlagungen im Provisorialverfahren nicht zu berücksichtigen seien. Einem dagegen erhobenen Rekurs gab das Gericht zweiter Instanz teilweise Folge. Im Umfang eines Zuspruchs von EUR 155 monatlich ab dem 12. 12. 2001 behob das Rekursgericht die erstinstanzliche Entscheidung, weil diesbezüglich res judicata vorliege. Aufrecht sei nur mehr ein Unterhaltsbegehren der Klägerin im Provisorialverfahren von EUR 2.260 monatlich ab 12. 12. 2001.

Im Weiteren billigte das Rekursgericht die Unterhaltsbemessung durch das Erstgericht. Die Behauptung des Beklagten über höhere Betriebsausgaben, die das Erstgericht nicht berücksichtigt habe, sei nicht relevant, weil das Erstgericht unanfechtbar entsprechende Feststellungen getroffen habe. Steuererklärungen bzw Einkommenssteuerbescheide seien nach ständiger Rechtsprechung zur Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht geeignet. Vielmehr seien sie nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu korrigieren. Das Rekursgericht billigte auch, wie bereits im ersten Rechtsgang, die Ansicht des Erstgerichtes, dass Kursverluste aus der Veranlagung von Wertpapieren die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht schmälerten. Im Weiteren hielt es den Einwand des Beklagten, es müsse, zur Vermeidung verzerrender Einkommensschwankungen, das Durchschnittseinkommen der letzten drei abgeschlossenen Wirtschaftsjahre ermittelt werden, für unzutreffend. Das gelte nur für ein Hauptverfahren zur endgültigen Unterhaltsfestsetzung, in einem Provisorialverfahren sei der einstweilige Unterhaltsanspruch nicht so streng zu prüfen, sondern nur ungefähr zu bemessen. Für das Provisorialverfahren sei daher die Ermittlung des Durchschnittseinkommens des Beklagten über einen Zeitraum von sieben Monaten ausreichend. Erst im Hauptverfahren werde das Erstgericht mit einem Buchsachverständigen das Durchschnittseinkommen des Beklagten für die letzten drei abgeschlossenen Wirtschaftsjahre zu ermitteln haben.

Die erstgerichtlichen Feststellungen ließen die Beurteilung zu, dass der Beklagte seine Unterhaltspflicht bis einschließlich August 2002 restlos erfüllt habe, weshalb das Begehren auf einstweiligen Unterhalt für den Zeitraum bis 31. 8. 2002 als nicht berechtigt gänzlich abzuweisen sei. Ab dem 1. 9. 2002 sei der einstweilige Unterhalt mit EUR 2.260 monatlich festzusetzen, wobei die außer Streit stehenden monatlichen Teilleistungen von EUR 1.453 monatlich im Leistungsbefehl anzurechnen seien.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil eine Rechtsfrage im Sinn des § 528 Abs 1 ZPO nicht vorliege. Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil eine Rechtsfrage im Sinn des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO nicht vorliege.

Gegen den antragstattgebenden Teil des angefochtenen Beschlusses richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs des Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

Die klagende Partei hat sich am Revisionsrekursverfahren nicht beteiligt.

Rechtliche Beurteilung

Der außerordentliche Revisionsrekurs des Beklagten ist zulässig, weil das Rekursgericht von der höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Bemessung des Unterhalts im Provisorialverfahren abgewichen ist. Er ist im Sinne des gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt. Gegenstand einer einstweiligen Verfügung nach § 382 Z 8 lit a EO ist ein einstweiliger angemessener Unterhalt, wobei im Allgemeinen der Sachverhalt möglichst genau zu ermitteln ist, handelt es sich doch um eine besondere einstweilige Verfügung, die dem Berechtigten einen in der Regel endgültig zustehenden einstweiligen Unterhalt zuspricht (SZ 52/121 ua). Die materiellrechtlichen Grundlagen sind daher im

Haupt- und im Provisorialverfahren gleich (Purtscheller/Salzman, Unterhaltsbemessung, Rz 328; 1 Ob 282/96z; 1 Ob 12/98s ua). Das bedeutet aber nicht, dass im Provisorialverfahren zu strittigen Tatfragen Sachverständigengutachten einzuholen wären. Nach neuerer Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hat - worauf der Revisionrekurswerber zutreffend hinweist -, die Ermittlung der Einkünfte eines selbständig Erwerbstätigen als Unterhaltsbemessungsgrundlage aufgrund der letzten drei Geschäftsjahre zu erfolgen, um Einkommensschwankungen, die auf steuerliche Gestaltungsmöglichkeit zurückzuführen sind, auszuschließen. Das gilt nicht nur für "Betriebseinnahmen - Betriebsausgaben - Rechner" gemäß § 4 Abs 2 EStG 1988 (1 Ob 2082/96z; JBl 1992, 706; SZ 63/153 = ÖA 1991, 43), sondern auch für die Gewinnermittlung durch Bilanzierung gemäß § 4 Abs 1 EStG 1988 (vgl RdW 1993, 146 ua), weil nur so eine verlässliche Bemessungsgrundlage gefunden werden kann. Diese Grundsätze sind ganz allgemein auch im Sicherungsverfahren anzuwenden (RIS-Justiz RS0053251; insbes 1 Ob 2082/96z; 1 Ob 12/98s; 5 Ob 38/99w; 1 Ob 97/99t). Der außerordentliche Revisionsrekurs des Beklagten ist zulässig, weil das Rekursgericht von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Bemessung des Unterhalts im Provisorialverfahren abgewichen ist. Er ist im Sinne des gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt. Gegenstand einer einstweiligen Verfügung nach Paragraph 382, Ziffer 8, Litera a, EO ist ein einstweiliger angemessener Unterhalt, wobei im Allgemeinen der Sachverhalt möglichst genau zu ermitteln ist, handelt es sich doch um eine besondere einstweilige Verfügung, die dem Berechtigten einen in der Regel endgültig zustehenden einstweiligen Unterhalt zuspricht (SZ 52/121 ua). Die materiellrechtlichen Grundlagen sind daher im Haupt- und im Provisorialverfahren gleich (Purtscheller/Salzman, Unterhaltsbemessung, Rz 328; 1 Ob 282/96z; 1 Ob 12/98s ua). Das bedeutet aber nicht, dass im Provisorialverfahren zu strittigen Tatfragen Sachverständigengutachten einzuholen wären. Nach neuerer Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hat - worauf der Revisionrekurswerber zutreffend hinweist -, die Ermittlung der Einkünfte eines selbständig Erwerbstätigen als Unterhaltsbemessungsgrundlage aufgrund der letzten drei Geschäftsjahre zu erfolgen, um Einkommensschwankungen, die auf steuerliche Gestaltungsmöglichkeit zurückzuführen sind, auszuschließen. Das gilt nicht nur für "Betriebseinnahmen - Betriebsausgaben - Rechner" gemäß Paragraph 4, Absatz 2, EStG 1988 (1 Ob 2082/96z; JBl 1992, 706; SZ 63/153 = ÖA 1991, 43), sondern auch für die Gewinnermittlung durch Bilanzierung gemäß Paragraph 4, Absatz eins, EStG 1988 vergleiche RdW 1993, 146 ua), weil nur so eine verlässliche Bemessungsgrundlage gefunden werden kann. Diese Grundsätze sind ganz allgemein auch im Sicherungsverfahren anzuwenden (RIS-Justiz RS0053251; insbes 1 Ob 2082/96z; 1 Ob 12/98s; 5 Ob 38/99w; 1 Ob 97/99t).

Der von der zweiten Instanz in Anlehnung an eine Entscheidung eines Gerichts zweiter Instanz EFSlg 67.920 vertretenen Auffassung, Unterhaltsbemessungsgrundlage für selbständig Erwerbstätige, wie im konkreten Fall dem Beklagten als Schauspieler und Kabarettisten, könnte auch ein Zeitraum von nur sieben Monaten im letzten Jahr sein, kann somit nicht zugestimmt werden.

Die von den Vorinstanzen vorgenommene Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage steht mit der dargestellten höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht im Einklang, weshalb eine Verbreiterung der Entscheidungsgrundlagen im fortgesetzten Verfahren unumgänglich ist.

Wird der Unterhalt für eine in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begehrt, so ist, soweit feststellbar, das im jeweiligen Zeitraum erzielte tatsächliche Einkommen maßgebend. Soll jedoch der Unterhalt für die Zukunft festgesetzt werden, so ist bei selbständig Erwerbstätigen, wie dargestellt, regelmäßig das Durchschnittseinkommen der letzten drei, der Beschlussfassung vorangehenden Wirtschaftsjahre festzustellen. Bei der Unterhaltsbemessung für die Zukunft ist nämlich immer maßgebend, ob das in der Vergangenheit erzielte Einkommen darauf schließen lässt, dass der Unterhaltspflichtige auch weiterhin ein Einkommen in ähnlicher Höhe erzielen werde (3 Ob 395/97b; 7 Ob 52/98t; 4 Ob 102/99z).

Diese Erwägungen müssen zur Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen und Rückverweisung an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung führen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 Abs 1 EO iVm § 78 und § 402 EO iVm § 52 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 393, Absatz eins, EO in Verbindung mit Paragraph 78 und Paragraph 402, EO in Verbindung mit Paragraph 52, ZPO.

Anmerkung

E73139 5Ob29.04g

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2004:0050OB00029.04G.0511.000

Dokumentnummer

JJT_20040511_OGH0002_0050OB00029_04G0000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at