

# TE OGH 2002/6/20 2Ob94/02s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.06.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Niederreiter als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schinko, Dr. Tittel, Dr. Baumann und Hon. Prof. Dr. Danzl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Brunhilde M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Wegrostek, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. Reinhard M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wilhelm Klade, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterhalt, über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 30. November 2001, GZ 42 R 387/01z-116, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Hietzing vom 5. Juni 2001, GZ 2 C 39/96h-109, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Revision der beklagten Partei wird zurückgewiesen.

Der Revision der klagenden Partei wird hingegen Folge gegeben. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes wird in ihren Punkten 1. a) bis g) sowie 3. dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichtes mit der Maßgabe wiederhergestellt wird, dass die beklagte Partei schuldig erkannt wird, der klagenden Partei folgende Beträge zu dem vom Beklagten jeweils bereits geleisteten monatlichen Naturalunterhalt in Höhe von EUR 694,53 (S 9.557,--) binnen 14 Tagen - und jeweils samt 4 % Zinsen ab dem jeweiligen Fälligkeitstag - zu bezahlen, und zwar:

- 1.) a) Für den Zeitraum vom 1. 4. 1996 bis 30. 6. 1996 monatlich EUR 758,92 (S 10.443,--);
- b) für den Zeitraum vom 1. 7. 1996 bis 31. 12. 1996 monatlich EUR 642,57 (S 8.842,--);
- c) für den Monat Jänner 1997 EUR 703,44 (S 9.679,52);
- d) für den Zeitraum vom 1. 2. 1997 bis 31. 3. 1997 monatlich EUR 757,29 (S 10.420,52);
- e) für den Zeitraum vom 1. 4. 1997 bis 31. 5. 1997 sowie vom 1. 7. 1997 bis 31. 12. 1997 monatlich EUR 1.226,35 (S 16.875,--) und für den Monat Juni 1997 EUR 598,72 (S 8.238,63);
- f) für den Zeitraum vom 1. 1. 1998 bis 31. 12. 1998 monatlich EUR 1.297,28 (S 17.851,--);
- g) für den Zeitraum vom 1. 1. 1999 bis 28. 2. 1999 monatlich EUR 1.297,28 (S 17.851,--).

Die Mehrbegehren für diese Zeiträume von monatlich EUR 242,87 (S 3.342,--) vom 1. 7. 1996 bis 31. 12. 1996, EUR 182,01 (S 2.504,48) für Jänner 1997, monatlich EUR 128,16 (S 1.763,48) vom 1. 2. 1997 bis 31. 3. 1997, EUR 286,72 (S 3.945,37) für Juni 1997 und EUR 337,86 (S 4.649) für Februar 1999 werden abgewiesen.

Die übrigen Spruchteile des Berufungsurteiles Punkt 1. lit h und i sowie Punkt 3. bleiben unverändert. Die übrigen Spruchteile des Berufungsurteiles Punkt 1. Litera h und i sowie Punkt 3. bleiben unverändert.

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei zu Handen ihres Vertreters binnen 14 Tagen die mit EUR 24.808,98 (hierin enthalten EUR 1.590,78 Barauslagen und EUR 3.870,91 USt) bestimmten Kosten aller drei Instanzen zu ersetzen.

## Text

### Entscheidungsgründe:

Die zwischen den Streitteilen am 18. 6. 1982 geschlossene Ehe wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Hietzing vom 12. 1. 1998 aus dem Alleinverschulden des Mannes geschieden. Dieses Urteil wurde mit Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 21. 10. 1998, 45 R 235/98m, bestätigt; eine hiegegen erhobene außerordentliche Revision des Beklagten wurde mit Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 28. 1. 1999 zu 6 Ob 329/98w zurückgewiesen. Dem Bande nach ist die Ehe seit dem 15. 2. 1999 rechtskräftig geschieden (Rechtskraftbestätigung auf der Urschrift des Ersturteiles in AS 71, Band III des Scheidungsaktes). Der Ehe entstammen zwei mj. Töchter, geboren am 1. 11. 1984 und am 24. 3. 1988. Diese leben mit ihrer Mutter in der im Hälfteigentum der Streitteile stehenden vormaligen Ehwohnung in 1130 Wien, E\*\*\*\*\*. Die zwischen den Streitteilen am 18. 6. 1982 geschlossene Ehe wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Hietzing vom 12. 1. 1998 aus dem Alleinverschulden des Mannes geschieden. Dieses Urteil wurde mit Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 21. 10. 1998, 45 R 235/98m, bestätigt; eine hiegegen erhobene außerordentliche Revision des Beklagten wurde mit Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 28. 1. 1999 zu 6 Ob 329/98w zurückgewiesen. Dem Bande nach ist die Ehe seit dem 15. 2. 1999 rechtskräftig geschieden (Rechtskraftbestätigung auf der Urschrift des Ersturteiles in AS 71, Band römisch III des Scheidungsaktes). Der Ehe entstammen zwei mj. Töchter, geboren am 1. 11. 1984 und am 24. 3. 1988. Diese leben mit ihrer Mutter in der im Hälfteigentum der Streitteile stehenden vormaligen Ehwohnung in 1130 Wien, E\*\*\*\*\*.

Bereits am 14. 9. 1994 (Datum des Einlangens bei Gericht) hatte die Klägerin im Scheidungsverfahren die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO auf Leistung eines monatlichen Unterhalts von S 20.000,-- ab 1. 9. 1994 beantragt. Diese wurde mit Beschluss vom 8. 9. 1995 in Höhe von S 5.793,-- ab 1. 1. 1994 (befristet bis zur rechtskräftigen Beendigung des Scheidungsverfahrens) erlassen, darüber hinaus abgewiesen. Den von beiden Teilen hiegegen erhobenen Rekursen wurde mit Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 22. 11. 1995, 45 R 2192/95, nicht Folge gegeben. Bereits am 14. 9. 1994 (Datum des Einlangens bei Gericht) hatte die Klägerin im Scheidungsverfahren die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO auf Leistung eines monatlichen Unterhalts von S 20.000,-- ab 1. 9. 1994 beantragt. Diese wurde mit Beschluss vom 8. 9. 1995 in Höhe von S 5.793,-- ab 1. 1. 1994 (befristet bis zur rechtskräftigen Beendigung des Scheidungsverfahrens) erlassen, darüber hinaus abgewiesen. Den von beiden Teilen hiegegen erhobenen Rekursen wurde mit Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 22. 11. 1995, 45 R 2192/95, nicht Folge gegeben.

Mit der am 14. 6. 1996 zu 2 C 39/96b des Erstgerichtes eingebrachten Klage stellte die Klägerin unter Hinweis auf das damals noch behängende Scheidungsverfahrens das Begehren, den Beklagten schuldig zu erkennen, ihr zu dem von ihm geleisteten Naturalunterhalt in Höhe von S 9.557,-- ab 1. 4. 1996 einen weiteren Geldunterhalt von S 10.443,-- zu bezahlen, wobei der von ihr exekutiv hereingebrachte Provisorialunterhalt von S 5.793,-- nicht abzuziehen sei, weil es sich hierbei "eben nur um ein Provisorialverfahren handelt", und sie daher berechtigt sei, "auch im Klagewege den zustehenden Unterhalt festsetzen zu lassen".

Dieses Begehren wurde im Laufe des mehrjährigen Verfahrens mehrfach ausgedehnt, und zwar in der Tagsatzung vom 13. 8. 1997 auf S 11.184,-- monatlich ab 1. 2. 1997 (AS 123) sowie im zweiten Rechtsgang - nach Aufhebung eines im Wesentlichen klagestattgebenden Urteils (ON 27) durch das Berufungsgericht (ON 36), wobei die Abweisung eines Unterhaltsmehrbegehrens von S 1.623,-- vom 1. 4. 1996 bis 31. 1. 1997 und von S 1.624,-- seit 1. 2. 1997 unbekämpft in Rechtskraft erwachsen war - mit Schriftsatz vom 10. 12. 1998 auf S 12.184 (ON 42) und zuletzt in der Tagsatzung vom 22. 1. 2001 auf S 12.184,-- monatlich vom 2. 7. 1996 bis 31. 1. 1999 und auf S 22.500,-- monatlich seit 1. 2. 1999 "samt gestaffelt 4 % Zinsen" jeweils zusätzlich zum geleisteten Naturalunterhalt von (unverändert) S 9.557,-- (AS 537).

Der Beklagte bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach im Wesentlichen damit, dass die Klägerin ihre berufliche Tätigkeit (bei der uruguayischen Botschaft in Wien) mit einem eigenen Einkommen von monatlich S 20.000,-- willkürlich und einseitig aufgegeben habe, ihr jederzeit eine qualifizierte Beschäftigung

möglich sei, das Begehren zufolge jahrelanger eigenmächtiger hoher Geldentnahmen von diversen Konten des Beklagten rechtsmissbräuchlich sei und sie auf Grund der von ihr gesetzten "schwersten Eheverfehlungen" den Unterhaltsanspruch überhaupt verwirkt habe. Im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung hätte sie 1995 zumindest S 18.000,-- monatlich netto verdienen können und durch die Unterlassung der Aufnahme einer solchen "die ihr obliegende Schadensminderungspflicht nicht wahrgenommen" (AS 37 f in ON 107/Band II). Der Beklagte bestreitet das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach im Wesentlichen damit, dass die Klägerin ihre berufliche Tätigkeit (bei der uruguayischen Botschaft in Wien) mit einem eigenen Einkommen von monatlich S 20.000,-- willkürlich und einseitig aufgegeben habe, ihr jederzeit eine qualifizierte Beschäftigung möglich sei, das Begehren zufolge jahrelanger eigenmächtiger hoher Geldentnahmen von diversen Konten des Beklagten rechtsmissbräuchlich sei und sie auf Grund der von ihr gesetzten "schwersten Eheverfehlungen" den Unterhaltsanspruch überhaupt verwirkt habe. Im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung hätte sie 1995 zumindest S 18.000,-- monatlich netto verdienen können und durch die Unterlassung der Aufnahme einer solchen "die ihr obliegende Schadensminderungspflicht nicht wahrgenommen" (AS 37 f in ON 107/Band römisch II).

Während des gegenständlichen Verfahrens beantragte die Klägerin für die Dauer des anhängigen Unterhaltsverfahrens ebenfalls die Erlassung einer (weiteren) Unterhalts-EV gemäß § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO, und zwar mit Schriftsatz vom 6. 5. 1999 in Höhe von monatlich S 11.000,-- ab Antragstellung zusätzlich zu dem vom Beklagten geleisteten Naturalunterhalt von (abweichend gegenüber dem Hauptverfahren) S 9.065,20 (ON 51). Mit einstweiliger Verfügung vom 18. 5. 2000 wurde der Beklagte schuldig erkannt, der Klägerin zusätzlich zu diesem Naturalunterhalt ab 6. 5. 1999 einen vorläufigen monatlichen Unterhalt von S 10.935,-- zu bezahlen (ON 85; eine frühere EV vom 4. 8. 1999 = ON 65 war vom Rekursgericht aufgehoben worden = ON 78); das darüber hinausgehende Mehrbegehren von S 65,-- wurde - ungerügt - nicht ausdrücklich abgewiesen. Diese einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss des Rekursgerichtes vom 14. 9. 2000, 42 R 256/00h, bestätigt (ON 92). Während des gegenständlichen Verfahrens beantragte die Klägerin für die Dauer des anhängigen Unterhaltsverfahrens ebenfalls die Erlassung einer (weiteren) Unterhalts-EV gemäß Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO, und zwar mit Schriftsatz vom 6. 5. 1999 in Höhe von monatlich S 11.000,-- ab Antragstellung zusätzlich zu dem vom Beklagten geleisteten Naturalunterhalt von (abweichend gegenüber dem Hauptverfahren) S 9.065,20 (ON 51). Mit einstweiliger Verfügung vom 18. 5. 2000 wurde der Beklagte schuldig erkannt, der Klägerin zusätzlich zu diesem Naturalunterhalt ab 6. 5. 1999 einen vorläufigen monatlichen Unterhalt von S 10.935,-- zu bezahlen (ON 85; eine frühere EV vom 4. 8. 1999 = ON 65 war vom Rekursgericht aufgehoben worden = ON 78); das darüber hinausgehende Mehrbegehren von S 65,-- wurde - ungerügt - nicht ausdrücklich abgewiesen. Diese einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss des Rekursgerichtes vom 14. 9. 2000, 42 R 256/00h, bestätigt (ON 92).

Das Erstgericht erkannte den Beklagten schuldig, der Klägerin zu dem von ihm jeweils bereits geleisteten monatlichen Naturalunterhalt in Höhe von S 9.557,-- für den Zeitraum 1. 4. 1996 bis 30. 6. 1996 monatlich S 10.443,--, vom 1. 7. 1996 bis 31. 12. 1996 monatlich S 8.842,--, für den Jänner 1997 S 9.679,52, vom 1. 2. 1997 bis 31. 3. 1997 monatlich S 10.420,52, für Juni 1997 S 8.238,63,--, vom 1. 4. 1997 bis 31. 5. 1997 und vom Juli 1997 bis 31. 1. 1999 monatlich S 12.184,-- sowie ab 1. 2. 1999 monatlich S 12.943,-- samt 4 % Zinsen ab dem jeweiligen Fälligkeitstag abzüglich des mit einstweiliger Verfügung vom 18. 5. 2000 bestimmten einstweiligen Unterhaltes in der Höhe von S 10.935,-- zu bezahlen. Die Unterhaltsmehrbegehren von monatlich S 3.342,-- vom 1. 7. 1996 bis 31. 12. 1996, S 2.504,48 für Jänner 1997, S 1.763,48 vom 1. 2. 1997 bis 31. 3. 1997 und S 3.945,37 für Juni 1997 wurden - von der Klägerin unangefochten und damit rechtskräftig - abgewiesen.

Es traf zusätzlich zu dem bereits wiedergegebenen Sachverhalt folgende Feststellungen:

Der am 2. 10. 1953 geborene Beklagte ist ärztlicher Direktor der W\*\*\*\*\* und erzielte folgende (im Einzelnen aufgeschlüsselte) Nettogehälter:

1996 S 894.006,--

1997 S 924.792,--

1998 S 951.980,--

1999 S 966.009,--

1. 1. bis 30. 9. 2000 S 687.439,--.

Darüber hinaus betreibt der Beklagte seit 1988 eine Ordination als praktischer Arzt und vertritt fallweise seinen ebenfalls als praktischer Arzt tätigen Vater. Schließlich erstellt er als Sachverständiger jährlich ca 25 fliegerärztliche Tauglichkeitsgutachten. Laut Einkommenssteuererklärung schloss das Betriebsergebnis seiner selbständigen Tätigkeit 1995 mit einem Verlust von S 49.883,--, für 1996 von S 237.232,-- und für 1997 von S 82.162,-- ab.

Während aufrechter Ehe bestand zwischen den Streitteilen Einvernehmen darüber, dass die Klägerin täglich einer Halbtagsbeschäftigung nachgeht. Diese wurde am 19. 8. 1955 geboren und wuchs in Kolumbien auf, wo sie auch die Mittelschule besuchte und ein 1976 abgebrochenes Wirtschaftsstudium begann. 1978 begann sie an der Universität Wien ein Dolmetschstudium, das sie ebenfalls nicht beendete. Sie hat keine sekretariatstypische Ausbildung absolviert und verfügt über keine EDV- oder Personalcomputerbedienungskenntnisse, wohl aber über Schreibmaschin- sowie Grundkenntnisse in der Buchhaltung. Sie ist der deutschen Sprache in der Schrift nicht hundertprozentig mächtig. 1977 arbeitete die Klägerin für die Dauer von vier Monaten bei der Firma B\*\*\*\*\* als Sekretärin und für einen Monat an einem Flughafenschalter der Firma B\*\*\*\*\*. 1979 begann sie in Wien eine Tätigkeit als Sekretärin, ab 1989 als Kanzlerin der Botschaft von Uruguay, jeweils mit einer Wochenarbeitszeit von 25 Stunden und einer täglichen Arbeitszeit von 8.00 bis 13.00 Uhr (Überstunden hatte sie hierbei nur in sehr geringem Ausmaß, ein bis zweimal pro Jahr, zu leisten). Als Kanzlerin erhielt sie monatlich netto S 16.000,--, 12 x jährlich. Sie war allerdings nicht sozialversichert und wurde auch kein Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung erworben. Ende März 1999 wurde sie aus Einsparungsgründen gekündigt und erhielt eine Abfertigung von S 48.000,-- netto.

Seit 1995 bewarb sich die Klägerin mehrfach um diverse Anstellungen, insbesondere (auf Grund ihrer Spanisch-Fremdsprachenkenntnisse) bei Botschaften, erlangte jedoch ausschließlich Absagen, insbesondere deshalb, weil sie auf Grund der Betreuung ihrer beiden mj. Kinder nicht zur Überstundenleistung bzw zur Begründung eines Vollzeitbeschäftigungsverhältnisses bereit war. Über Vermittlung des Beklagten kam es auch zu mehreren Bewerbungen, etwa bei der C\*\*\*\*\*, wobei es um die Begründung eines Vollzeitarbeitsverhältnisses als Sekretärin der Bereichsleitung für internationale Finanzierung mit einem Bruttobezug von monatlich ca S 20.000,-- ging, welche aber ebenfalls mit der Leistung von Überstunden verbunden gewesen wäre. Da die Klägerin jedoch nur an einer Teilzeitbeschäftigung interessiert war, kam es auch hier zu keiner fixen Anstellung. Im Juni 2000 bemühte sie sich um eine Anstellung im Unternehmen der A\*\*\*\*\*-Hotels als Rezeptionistin in einem Hotel im Ausmaß von 40 Stunden pro Woche mit einem Einkommen von S 15.000,-- brutto monatlich; auch hier war die Begründung eines bloßen Teilzeitbeschäftigungsverhältnisses nicht möglich. Schließlich bewarb sie sich auch noch im Juni 2000 bei der Firma V\*\*\*\*\* AG. Da sich die Klägerin im relevanten Zeitraum auf Urlaub in Kolumbien befand und sohin nicht Kenntnis vom Vorstellungstermin erlangte, kam es aber zu keinem Bewerbungsgespräch. Zu diesem Zeitpunkt wäre das genannte Unternehmen geneigt gewesen, sowohl das angestrebte Beschäftigungsverhältnis im Ausmaß von 38,5 Stunden als auch im Ausmaß von bloß 25 oder nur 20 Stunden pro Woche zu begründen; die Klägerin hätte bei 38,5 Stunden monatlich brutto S 20.000,--, sonst entsprechend anteilig weniger verdient.

Seit 1. 4. 1996 erzielte die Klägerin jedenfalls folgende Einkommen:

Juni 1997 Firma H\*\*\*\*\* (Übersetzungen)

netto S 23.000,--

1. bis 14.9. 2000 R\*\*\*\*\*, Akkreditivabteilung (freier Dienstvertrag S 120,-- pro Stunde; Vollzeitbeschäftigung von Seiten der R\*\*\*\*\* in Aussicht genommen, Klägerin jedoch nur zur Teilzeitbeschäftigung bereit)

netto S 2.297,04

seit 1. 3. 2001 Firma V\*\*\*\*\* (Teilzeitbeschäftigung)

monatlich netto S 10.000,--.

Unter Beachtung der Arbeitsmarktsituation sowie ihrer bereits wiedergegebenen Ausbildungsverhältnisse sind die Chancen der Klägerin, einen Arbeitsplatz zu finden, auch bei intensiver und breit angelegter, persönlicher Arbeitsplatzsuche sowie Anspannung aller Kräfte hinsichtlich des Erlangens einer ihrer Ausbildung und ihres bisherigen Berufsverlaufes auch nur annähernd entsprechenden Arbeitsplatzes nicht intakt. Unter Anspannung aller Kräfte hätte die Klägerin unmittelbar nach dem Austritt aus der Botschaft von Uruguay nach einjähriger Arbeitsplatzsuche eine Beschäftigung nur als Bürohilfskraft (mit einem Marktwert von nicht über S 16.000,-- brutto) finden können. Als Bürohilfskraft hätte sie monatlich netto S 11.000,-- erzielt. Nicht festgestellt werden kann,

dass die Klägerin mittelfristig ein höheres Nettoeinkommen als S 11.000,-- für eine 40-stündige Tätigkeit als Bürohilfskraft verdienen hätte können. Auf Grund ihrer bisherigen Tätigkeiten, der Gepflogenheit der Streitteile während aufrechter Ehe sowie unter Berücksichtigung des Alters der gemeinsamen Kinder ist der alleinerziehenden Klägerin derzeit nur eine Halbtagsbeschäftigung zumutbar.

Der Beklagte erbrachte aus seinem Einkommen nachstehende Naturalleistungen:

Rückzahlungsraten Wohnungskredite:

C\*\*\*\*\* 1996 S 71.662,--

1997 S 67.152,--

1998 S 67.152,--

1999 S 67.196,--

2000 S 68.209,25

2001 monatlich S 5.714,77

W\*\*\*\*\* monatlich S 8.310,--

Betriebskosten:

Haushaltsgemeinschaft monatlich S 369,--

Hauserhaltungsfonds monatlich S 2.300,--

Strom/Gas monatlich S 2.622,--.

Bis Jänner 1997 bezahlte der Beklagte auch die Telefonspesen in Höhe von S 2.223,-- monatlich.

Beide Töchter besuchen derzeit (Schluss der Verhandlung erster Instanz) die Mittelschule; eine Betreuung nach der Schule durch die Klägerin als Mutter ist erforderlich, weil diese einer regelmäßigen Kontrolle beim Lernen bedürfen. Die jüngere Tochter lehnt eine Hortbetreuung ab.

Die Erhaltungskosten für ihren eigenen PKW trug die Klägerin größtenteils selbst; nur vereinzelt wurden die entsprechenden Versicherungsprämien vom Beklagten beglichen, weil er das Fahrzeug seinerzeit im Rahmen der gemeinsamen Freizeitgestaltung auch selbst genutzt hatte.

Die Klägerin hatte bis zum 10. 5. 1994 Zugriff auf das Konto des Beklagten, dann wurde ihre Zeichnungsberechtigung vom Beklagten widerrufen. In der Zeit vom 1. 1. 1989 bis 31. 5. 1994 erfolgten Abhebungen und Überweisungen in Höhe von über S 1,3 Mio; eine widmungswidrige Verwendung dieser Beträge durch die Klägerin kann nicht festgestellt werden. So hat sie für den Beklagten diverse Einzahlungen mittels Erlagschein vorgestreckt und in der Folge die entsprechenden Beträge von dessen Konto abgehoben. Der Beklagte erlangte von diesen Behebungen spätestens im Februar 1991 Kenntnis und setzte bis Mai 1994 keine Schritte, derartige Abhebungen zu unterbinden.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass der nicht berufstätigen, aus dem alleinigen Verschulden des Mannes geschiedenen Klägerin Unterhalt wie in aufrechter Ehe zustehe (§ 94 Abs 1 ABGB). Auszugehen sei hiebei davon, dass sie als Bürohilfskraft ab April 1997 nur monatlich netto S 11.000,-- hätte erzielen können; weiters von der Rechenformel 40 % Familieneinkommen abzüglich 4 % je Kind abzüglich des Nettoeinkommens des unterhaltsberechtigten Ehegatten vom so ermittelten Betrag. Beim Beklagten seien hiebei nur die Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit heranzuziehen, nicht die Verluste aus selbständiger Tätigkeit. Die Abfertigungszahlung der Klägerin nach Beendigung ihrer Botschaftstätigkeit sei im Sinne einer Überbrückungsfunktion auf drei Monate aufzuteilen. Vom 1. 4. 1996 bis 30. 6. 1996 sowie ab 1. 4. 1997 habe sie Anspruch auf 32 % des Familieneinkommens abzüglich des potentiellen Eigeneinkommens (April bis Juni 1996 S 16.000,-- [Abfertigung], Juni 1997 S 23.000,-- [Firma E\*\*\*\*\*], April bis Mai 1997 und Juli 1997 bis Februar 2001 S 8.020,-- [aus Anspannung]); vom 1. 7. 1996 bis 31. 3. 1997 stünden ihr 25 % des Einkommens des Beklagten als Unterhalt zu. Unter Bedachtnahme auf die netto ermittelten Unterhaltsbemessungsgrundlagen des Beklagten (April 1996 bis Dezember 1996 S 74.855,66; 1997 S 77.454,09; 1998 S 79.204,24; 1999 S 80.389,--; 2000 S 76.284,17 ohne Berücksichtigung noch der Sonderzahlungen in diesem Jahr) abzüglich der Naturalleistungen (halbe Kosten W\*\*\*\*\*, C\*\*\*\*\* und Betriebskosten; ein Drittel Telefonspesen; ein Viertel Gas- und Stromkosten) ergäben sich folgende - vom

Erstgericht im Einzelnen auch noch näher rechnerisch aufgeschlüsselte - Unterhaltsansprüche der Klägerin: In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass der nicht berufstätigen, aus dem alleinigen Verschulden des Mannes geschiedenen Klägerin Unterhalt wie in aufrechter Ehe zustehe (Paragraph 94, Absatz eins, ABGB). Auszugehen sei hierbei davon, dass sie als Bürohilfskraft ab April 1997 nur monatlich netto S 11.000,-- hätte erzielen können; weiters von der Rechenformel 40 % Familieneinkommen abzüglich 4 % je Kind abzüglich des Nettoeinkommens des unterhaltsberechtigten Ehegatten vom so ermittelten Betrag. Beim Beklagten seien hierbei nur die Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit heranzuziehen, nicht die Verluste aus selbständiger Tätigkeit. Die Abfertigungszahlung der Klägerin nach Beendigung ihrer Botschaftstätigkeit sei im Sinne einer Überbrückungsfunktion auf drei Monate aufzuteilen. Vom 1. 4. 1996 bis 30. 6. 1996 sowie ab 1. 4. 1997 habe sie Anspruch auf 32 % des Familieneinkommens abzüglich des potentiellen Eigeneinkommens (April bis Juni 1996 S 16.000,-- [Abfertigung], Juni 1997 S 23.000,-- [Firma E\*\*\*\*\*], April bis Mai 1997 und Juli 1997 bis Februar 2001 S 8.020,-- [aus Anspannung]); vom 1. 7. 1996 bis 31. 3. 1997 stünden ihr 25 % des Einkommens des Beklagten als Unterhalt zu. Unter Bedachtnahme auf die netto ermittelten Unterhaltsbemessungsgrundlagen des Beklagten (April 1996 bis Dezember 1996 S 74.855,66; 1997 S 77.454,09; 1998 S 79.204,24; 1999 S 80.389,--; 2000 S 76.284,17 ohne Berücksichtigung noch der Sonderzahlungen in diesem Jahr) abzüglich der Naturalleistungen (halbe Kosten W\*\*\*\*\*, C\*\*\*\*\* und Betriebskosten; ein Drittel Telefonspesen; ein Viertel Gas- und Stromkosten) ergäben sich folgende - vom Erstgericht im Einzelnen auch noch näher rechnerisch aufgeschlüsselte - Unterhaltsansprüche der Klägerin:

1. 4. 1996 bis 30. 6. 1996 S 10.470,35

1. 7. 1996 bis 31. 12. 1996 S 8.842,--

Jänner 1997 S 9.679,52

Februar 1997 bis März 1997 S 10.420,52

April 1997 bis Mai 1997 sowie

Juli 1997 bis Dezember 1997 S 16.875,03

Juni 1997 S 8.238,63

1998 monatlich S 17.226,63

Jänner 1999 bis inkl. Februar 2001 S 17.851,53

seit 1. 3. 2001 S 16.211,46.

Eine Verwirkung dieses Unterhaltsanspruches durch die Klägerin sei dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

Zufolge nicht völliger Übereinstimmung der im Spruch ausgeworfenen mit den in den Entscheidungsgründen rechnerisch ermittelten Zuspruchsbeträgen stellte die Klägerin einen Antrag auf Urteilsberichtigung (ON 115), über welchen das Erstgericht jedoch nicht entschied.

Das Berufungsgericht gab der lediglich vom Beklagten erhobenen Berufung teilweise Folge und änderte das Ersturteil dahin ab, dass er schuldig erkannt wurde, der Klägerin zu dem jeweils bereits geleisteten monatlichen Naturalunterhalt von S 9.557,-- noch folgende monatlichen Unterhaltsbeträge zu leisten, und zwar:

1. 4. 1996 bis 30. 6. 1996 S 4.650,--

1. 7. 1996 bis 31. 12. 1996 S 3.049,--

Jänner 1997 S 3.886,52

1. 2. 1997 bis 31. 3. 1997 S 4.627,52

1. 4. 1997 bis 31. 5. 1997 sowie

1. 7. 1997 bis 31. 12. 1997 S 11.082,--

Juni 1997 S 2.445,63

1. 1. 1998 bis 31. 12. 1998 S 11.433,63

1. 1. 1999 bis 28. 2. 1999 S 12.058,--

1. 3. 1999 bis 28. 2. 2001 S 17.851,53

ab 1. 3. 2001 S 16.211,46

samt 4 % Zinsen ab dem jeweiligen Fälligkeitstag.

Die monatlichen Unterhaltsmehrbegehren von S 5.793,-- für die Zeit vom 1. 4. 1996 bis 30. 6. 1996, S 9.135,- vom 1. 7. 1996 bis 31. 12. 1996, S 8.297,48 für Jänner 1997, S 7.556,48 vom 1. 2. 1997 bis 31. 3. 1997, S 9.738,37 für Juni 1997, S 5.793,-- vom 1. 4. 1997 bis 31. 5. 1997 und vom 1. 7. 1997 bis 31. 1. 1999, S 10.442,-- für Februar 1999, S 4.648,47 vom 1. 3. 1999 bis 28. 2. 2001 sowie S 6.288,54 ab 1. 3. 2001 wurden abgewiesen.

Weiters sprach das Berufungsgericht aus, dass "gegen diesen Beschluss der ordentliche Revisionsrekurs zulässig" sei (gemeint wohl: gegen das Urteil die ordentliche Revision).

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes, verwarf diverse vom Beklagten gerügte Mangelhaftigkeiten und führte in rechtlicher Hinsicht (zusammengefasst) aus, dass mit der im Scheidungsverfahren ergangenen einstweiligen Verfügung vom 8. 9. 1995 der Unterhalt der Klägerin für den Zeitraum 1. 9. 1994 bis 28. 1. 1999 in Höhe von monatlich S 5.793,-- "an sich endgültig" zugesprochen worden sei und daher nicht nochmals (im jetzigen Rechtsstreit) eingeklagt hätte werden dürfen; in diesem Umfang liege daher eine Überklagung vor und seien diese Beträge in teilweiser Stattgebung der Berufung des Beklagten abzuweisen gewesen. Anderes gelte jedoch für den auf Grund der im Unterhaltsverfahren erlassenen einstweiligen Verfügung geleisteten Unterhalt; dieser dürfe im Leistungsbefehl nicht abgezogen werden, stelle er doch einen bloßen Vorschuss dar. Erst mit Rechtskraft des Urteils erfolge die endgültige Zuweisung, sodass folgerichtig solche Beträge der Unterhaltspflicht erst im Zeitpunkt der Rechtskraft gegenüberstünden, und daher auch erst im Rahmen der Exekution in Abzug zu bringen bzw durch Oppositionsklage geltend zu machen seien. Der im Scheidungsverfahren mittels einstweiliger Verfügung zugesprochene Betrag sei daher gar nicht, jener im Rahmen dieses Verfahrens zugesprochene einstweilige Unterhalt nicht einmal im Leistungsbefehl anzurechnen gewesen. Dazu komme, dass die im Spruch des Ersturteils zuerkannten Beträge teilweise mit der in der Begründung errechneten Höhe nicht übereinstimmten, worauf die klagende Partei bereits in ihrem Urteilsberichtigungsantrag hingewiesen habe, welche Unrichtigkeiten nunmehr vom Berufungsgericht (amtswegig) zu beseitigen gewesen seien. Im Übrigen habe das Erstgericht aber die von der Rechtsprechung entwickelten Bemessungsgrundsätze richtig angewandt.

Die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt, weil - soweit überblickbar - oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Klagbarkeit bereits zugesprochenen einstweiligen Unterhaltes im Sinne des § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO nicht vorliege. Die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt, weil - soweit überblickbar - oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Klagbarkeit bereits zugesprochenen einstweiligen Unterhaltes im Sinne des Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO nicht vorliege.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Revisionen beider Parteien. Die Klägerin bekämpft das Urteil wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung im Umfang der Abweisung des Mehrbegehrens von S 5.793,-- für den Zeitraum 1. 4. 1996 bis einschließlich Februar 1999 mit dem Antrag, in Stattgebung des Rechtsmittels das erstinstanzliche Urteil "in seiner berichtigten Form" zu bestätigen; hilfsweise wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte bekämpft das Berufungsurteil aus den Revisionsgründen der Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit und unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne einer gänzlichen Klageabweisung abzuändern; hilfsweise wird ebenfalls ein Aufhebungsantrag gestellt.

Lediglich die beklagte Partei hat auch eine Revisionsbeantwortung erstattet, in welcher der Antrag gestellt wird, der Revision der Klägerin nicht Folge zu geben bzw diese als unzulässig zurückzuweisen.

Die Revision des Beklagten ist nicht zulässig, jene der klagenden Partei hingegen zulässig und auch berechtigt.

Zur (weitergehenden) Revision des Beklagten:

Zu der im Zulassungsausspruch formulierten Rechtsfrage enthält das Rechtsmittel keinerlei Ausführungen. Hat das Gericht zweiter Instanz an sich zu Recht ausgesprochen, dass die Revision (oder der Revisionsrekurs) zulässig sei, macht der Rechtsmittelwerber jedoch sodann nur solche Gründe geltend, deren Erledigung nicht von der Lösung erheblicher Rechtsfragen abhängt, so ist das Rechtsmittel trotz des Ausspruches der Zulässigkeit durch das Gericht zweiter Instanz zurückzuweisen (EvBl 1999/131; RIS-Justiz RS0102059; Kodek in Rechberger, ZPO2 Rz 3 vor

§ 502). Der Oberste Gerichtshof kann sich hiebei gemäß § 510 Abs 3 letzter Satz ZPO auf die Anführung der Zurückweisungsgründe beschränken. Zu der im Zulassungsausspruch formulierten Rechtsfrage enthält das Rechtsmittel keinerlei Ausführungen. Hat das Gericht zweiter Instanz an sich zu Recht ausgesprochen, dass die Revision (oder der Revisionsrekurs) zulässig sei, macht der Rechtsmittelwerber jedoch sodann nur solche Gründe geltend, deren Erledigung nicht von der Lösung erheblicher Rechtsfragen abhängt, so ist das Rechtsmittel trotz des Ausspruches der Zulässigkeit durch das Gericht zweiter Instanz zurückzuweisen (EvBl 1999/131; RIS-Justiz RS0102059; Kodek in Rechberger, ZPO2 Rz 3 vor Paragraph 502,). Der Oberste Gerichtshof kann sich hiebei gemäß Paragraph 510, Absatz 3, letzter Satz ZPO auf die Anführung der Zurückweisungsgründe beschränken.

Die behaupteten Mangelhaftigkeiten des Verfahrens sind nicht gegeben, was gemäß § 510 Abs 3 dritter Satz ZPO keiner weitergehenden Begründung bedarf. Vom Berufungsgericht verneinte Mängel des Verfahrens erster Instanz (hier: betreffend Gutachten eines Buchsachverständigen; Anfrage an die österreichische Vertretungsbehörde in Kolumbien; Schulanfrage zum Lernerfolg der Kinder) können in der Revision nicht mehr erneut mit Erfolg geltend gemacht werden (Kodek, aaO Rz 3 zu § 503; RIS-Justiz RS0106371). Auch der Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit ist, wie der Oberste Gerichtshof geprüft hat, nicht gegeben (§ 510 Abs 3 dritter Satz ZPO); mit den dazu erstatteten Ausführungen wird vielmehr versucht, in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung der Tatsacheninstanzen (im Zusammenhang mit dem Gutachten des beigezogenen Sachverständigen Dr. E\*\*\*\*\*) zu erschüttern, was jedoch im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof unzulässig ist (Kodek, aaO Rz 1 zu § 503). Dass die Klägerin bei der R\*\*\*\*\* nicht zur Aufnahme einer Vollzeitbeschäftigung bereit war, hat das Erstgericht in Seite 15 oben des Urteiles ON 109 (AS 73/Band II) ohnedies festgestellt. Die behaupteten Mangelhaftigkeiten des Verfahrens sind nicht gegeben, was gemäß Paragraph 510, Absatz 3, dritter Satz ZPO keiner weitergehenden Begründung bedarf. Vom Berufungsgericht verneinte Mängel des Verfahrens erster Instanz (hier: betreffend Gutachten eines Buchsachverständigen; Anfrage an die österreichische Vertretungsbehörde in Kolumbien; Schulanfrage zum Lernerfolg der Kinder) können in der Revision nicht mehr erneut mit Erfolg geltend gemacht werden (Kodek, aaO Rz 3 zu Paragraph 503 ;, RIS-Justiz RS0106371). Auch der Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit ist, wie der Oberste Gerichtshof geprüft hat, nicht gegeben (Paragraph 510, Absatz 3, dritter Satz ZPO); mit den dazu erstatteten Ausführungen wird vielmehr versucht, in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung der Tatsacheninstanzen (im Zusammenhang mit dem Gutachten des beigezogenen Sachverständigen Dr. E\*\*\*\*\*) zu erschüttern, was jedoch im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof unzulässig ist (Kodek, aaO Rz 1 zu Paragraph 503,). Dass die Klägerin bei der R\*\*\*\*\* nicht zur Aufnahme einer Vollzeitbeschäftigung bereit war, hat das Erstgericht in Seite 15 oben des Urteiles ON 109 (AS 73/Band römisch II) ohnedies festgestellt.

Der Rechtsrüge wird zum Teil ein nicht festgestellter Wunschsachverhalt zugrundegelegt, sodass insoweit dieser Rechtsmittelgrund nicht gesetzmäßig ausgeführt wird. Dies betrifft alle Ausführungen im Zusammenhang mit den behaupteten (und als Verwirkungstatbestand für ihr Unterhaltsbegehren ins Treffen geführten) "gegen Willen und Wissen des Beklagten" erfolgten Abbuchungen und Geldverwendungen (ob die Annahme oder die Verneinung eines hier ohnedies nach den Feststellungen auszuschließenden Missbrauchsfalles zutreffend ist, bildet im Übrigen regelmäßig eine Frage des Einzelfalles ohne Rechtsfragencharakter nach § 502 Abs 1 ZPO: 9 Ob 226/99x). Der Beklagte übergeht auch die von den Vorinstanzen getroffene Tatsachenfeststellung, wonach während aufrechter Ehe der Streitteile lediglich Einvernehmen zum Nachgehen einer Halbtagesbeschäftigung durch die Klägerin herrschte, sie sich nach dem (unverschuldeten) Verlust des Arbeitsplatzes in der uruguayischen Botschaft (1999) und auch schon in den Jahren davor (seit 1995) mehrfach und ernsthaft um einkommensadäquate Beschäftigungsmöglichkeiten bemühte, sodass ihr daher keineswegs - wie in der Revision behauptet - eine "vorsätzliche" Verabsäumung, eine Tätigkeit ihrer Qualifikation entsprechend zu suchen und zu finden, vorgeworfen werden kann. Auch die Behauptung, es wäre ihr "ein leichtes" gewesen, pro Monat ab Mai 1999 ein Einkommen von netto S 16.000,-- zu erzielen, welches im Sinne der Anspannung durchgehend fiktiv anzurechnen wäre und damit zur Abweisung des gesamten Klagebegehrens führe, entfernt sich von den hiezu maßgeblichen Feststellungen der Vorinstanzen. Weitergehende Rechtsausführungen enthält das Rechtsmittel nicht. Es war daher mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO als unzulässig zurückzuweisen. Der Rechtsrüge wird zum Teil ein nicht festgestellter Wunschsachverhalt zugrundegelegt, sodass insoweit dieser Rechtsmittelgrund nicht gesetzmäßig ausgeführt wird. Dies betrifft alle Ausführungen im Zusammenhang mit den behaupteten (und als Verwirkungstatbestand für ihr Unterhaltsbegehren ins Treffen geführten) "gegen Willen und Wissen des Beklagten" erfolgten Abbuchungen und Geldverwendungen (ob die Annahme oder die Verneinung eines hier ohnedies nach den Feststellungen



auszuschließenden Missbrauchsfalles zutreffend ist, bildet im Übrigen regelmäßig eine Frage des Einzelfalles ohne Rechtsfragencharakter nach Paragraph 502, Absatz eins, ZPO: 9 Ob 226/99x). Der Beklagte übergeht auch die von den Vorinstanzen getroffene Tatsachenfeststellung, wonach während aufrechter Ehe der Streitteile lediglich Einvernehmen zum Nachgehen einer Halbtagesbeschäftigung durch die Klägerin herrschte, sie sich nach dem (unverschuldeten) Verlust des Arbeitsplatzes in der uruguayischen Botschaft (1999) und auch schon in den Jahren davor (seit 1995) mehrfach und ernsthaft um einkommensadäquate Beschäftigungsmöglichkeiten bemühte, sodass ihr daher keineswegs - wie in der Revision behauptet - eine "vorsätzliche" Verabsäumung, eine Tätigkeit ihrer Qualifikation entsprechend zu suchen und zu finden, vorgeworfen werden kann. Auch die Behauptung, es wäre ihr "ein leichtes" gewesen, pro Monat ab Mai 1999 ein Einkommen von netto S 16.000,-- zu erzielen, welches im Sinne der Anspannung durchgehend fiktiv anzurechnen wäre und damit zur Abweisung des gesamten Klagebegehrens führe, entfernt sich von den hiezu maßgeblichen Feststellungen der Vorinstanzen. Weitergehende Rechtsausführungen enthält das Rechtsmittel nicht. Es war daher mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO als unzulässig zurückzuweisen.

Der Beklagte hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels gemäß §§ 40, 50 ZPO selbst zu tragen. Ein Kostenzuspruch an die Klägerin ist damit nicht verbunden, weil sie keine Revisionsbeantwortung erstattet hat. Der Beklagte hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels gemäß Paragraphen 40,, 50 ZPO selbst zu tragen. Ein Kostenzuspruch an die Klägerin ist damit nicht verbunden, weil sie keine Revisionsbeantwortung erstattet hat.

Zur Revision der Klägerin:

Gegenstand ihrer Anfechtung ist ausschließlich die Abweisung des Mehrbegehrens von S 5.793,-- für den Zeitraum 1. 4. 1996 bis einschließlich Februar 1999 laut einstweiliger Verfügung im Scheidungsverfahren bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des in diesem erlassenen Scheidungsurteils. Auf Grund der Anfechtungserklärung im Rechtsmittel sind damit die Abweisungen von (weiteren) S 3.342,-- vom 1. 7. 1996 bis 31. 12. 1996, von S 2.504,48 für Jänner 1997, von S 1.763,48 vom 1. 2. 1997 bis 31. 3. 1997, von S 3.945,37 für Juni 1997, von S 4.649,-- für Februar 1999, von S 4.648,47 vom 1. 3. 1999 bis 28. 2. 2001 und von monatlich S 6.288,54 seit 1. 3. 2001 unbekämpft in Rechtskraft erwachsen.

Nach Auffassung der Klägerin habe es sich beim Provisorialunterhalt im Scheidungsverfahren nur um eine Vorschussleistung gehandelt, sodass die dortige einstweilige Verfügung der separaten klageweisen Geltendmachung des Unterhaltsanspruches nicht entgegengestanden sei und gegenüber dem vorliegenden Rechtsstreit auch keine Streitanhängigkeit begründet habe. Gegen eine missbräuchliche Benützung beider Unterhaltstitel wäre der Beklagte ausreichend durch die Behelfe der EO geschützt. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte daher der Unterhaltszuspruch laut einstweiliger Verfügung im Scheidungsverfahren für die relevanten Zeiträume nicht abgezogen werden dürfen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Hiezu hat der Oberste Gerichtshof folgendes erwogen:

Auch dann, wenn bereits im Ehe Streit eine einstweilige Verfügung gemäß § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO beantragt und erwirkt wurde, kann eine (getrennte) Unterhaltsklage - grundsätzlich nach denselben materiell-rechtlichen Grundlagen (Kodek in Angst, EO Rz 43 zu § 382) - erhoben werden (JBI 1950, 318; RIS-Justiz RS0005772; RS0005859; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 808). Da die einstweilige Verfügung im Scheidungsverfahren mit dessen rechtskräftiger Erledigung zeitlich begrenzt war, ist sie mit 15. 2. 1999 als Exekutionstitel außer Kraft getreten (Zechner, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung, Rz 9 zu § 382). Für die Unterhaltsbemessung nach § 66 EheG (zufolge des rechtskräftig feststehenden Alleinverschuldens des Beklagten im Scheidungsurteil) gelten weitgehend die gleichen Grundsätze wie für den Unterhalt nach § 94 ABGB bei aufrechter Ehe (Hopf/Kathrein, Ehe Recht Anm 6 zu § 66 EheG). Auch dann, wenn bereits im Ehe Streit eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO beantragt und erwirkt wurde, kann eine (getrennte) Unterhaltsklage - grundsätzlich nach denselben materiell-rechtlichen Grundlagen (Kodek in Angst, EO Rz 43 zu Paragraph 382,) - erhoben werden (JBI 1950, 318; RIS-Justiz RS0005772; RS0005859; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 808). Da die einstweilige Verfügung im Scheidungsverfahren mit dessen rechtskräftiger Erledigung zeitlich begrenzt war, ist sie mit 15. 2. 1999 als Exekutionstitel außer Kraft getreten (Zechner, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung, Rz 9 zu Paragraph 382,). Für die

Unterhaltsbemessung nach Paragraph 66, EheG (zufolge des rechtskräftig feststehenden Alleinverschuldens des Beklagten im Scheidungsurteil) gelten weitgehend die gleichen Grundsätze wie für den Unterhalt nach Paragraph 94, ABGB bei aufrechter Ehe (Hopf/Kathrein, Eherecht Anmerkung 6 zu Paragraph 66, EheG).

Der Zuspruch einstweiligen Unterhaltes ist insofern eine Provisorialmaßnahme eigener Art (Zechner, aaO Rz 8 zu § 382), als die Auferlegung eines vorläufigen Unterhaltes im Sinne dieser Gesetzesstelle begrifflich keine einstweilige Verfügung im Sinne der EO darstellt, weil hiedurch nicht ein Leistungsanspruch bloß gesichert, sondern dem Berechtigten ein in der Regel endgültig zustehender einstweiliger Unterhalt zugebilligt wird (RIS-Justiz RS005261; zuletzt 1 Ob 179/00 f und 4 Ob 143/01k; Kodek, aaO Rz 31 zu § 382; Gitschthaler, aaO Rz 805). Der im Zusammenhang mit einem Unterhaltsbegehren einstweilig bestimmte Unterhalt ist insoweit nur gerichtlich bestimmte Vorschussleistung (RIS-Justiz RS0005950). Mit der Einschränkung "in der Regel" wurde auf den durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes formulierten Grundsatz Bedacht genommen, dass ein ohne Leistungspflicht gezahlter einstweiliger Unterhalt - nach Maßgabe der jeweiligen Entscheidung über den Hauptanspruch - unter Umständen zurückgefordert werden kann, wenn er nicht gutgläubig verbraucht wurde (1 Ob 179/00f; ausführlich Zechner, aaO Rz 8 zu § 382 mwN); die nur mit älterer Rechtsprechung und Literatur belegte Ansicht des Berufungsgerichtes, derartiger Unterhalt könnte gleichsam generell nicht zurückgefordert werden, entspricht damit nicht der nunmehr herrschenden Auffassung. Der Zuspruch einstweiligen Unterhaltes ist insofern eine Provisorialmaßnahme eigener Art (Zechner, aaO Rz 8 zu Paragraph 382,), als die Auferlegung eines vorläufigen Unterhaltes im Sinne dieser Gesetzesstelle begrifflich keine einstweilige Verfügung im Sinne der EO darstellt, weil hiedurch nicht ein Leistungsanspruch bloß gesichert, sondern dem Berechtigten ein in der Regel endgültig zustehender einstweiliger Unterhalt zugebilligt wird (RIS-Justiz RS005261; zuletzt 1 Ob 179/00 f und 4 Ob 143/01k; Kodek, aaO Rz 31 zu Paragraph 382 ;, Gitschthaler, aaO Rz 805). Der im Zusammenhang mit einem Unterhaltsbegehren einstweilig bestimmte Unterhalt ist insoweit nur gerichtlich bestimmte Vorschussleistung (RIS-Justiz RS0005950). Mit der Einschränkung "in der Regel" wurde auf den durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes formulierten Grundsatz Bedacht genommen, dass ein ohne Leistungspflicht gezahlter einstweiliger Unterhalt - nach Maßgabe der jeweiligen Entscheidung über den Hauptanspruch - unter Umständen zurückgefordert werden kann, wenn er nicht gutgläubig verbraucht wurde (1 Ob 179/00f; ausführlich Zechner, aaO Rz 8 zu Paragraph 382, mwN); die nur mit älterer Rechtsprechung und Literatur belegte Ansicht des Berufungsgerichtes, derartiger Unterhalt könnte gleichsam generell nicht zurückgefordert werden, entspricht damit nicht der nunmehr herrschenden Auffassung.

Bereits in der (in der Revision auch zutreffend zitierten) Entscheidung 6 Ob 629/83, veröffentlicht in EVBl 1984/151 sowie EFSlg 44.897/5, hat der Oberste Gerichtshof bei einer vergleichbaren Sachverhaltskonstellation das Verhältnis von einstweiligem Unterhalt und dem im ordentlichen Verfahren zugesprochenen Unterhalt einer grundsätzlichen Klärung zugeführt und ist dort zum Ergebnis gekommen, dass der Leistungsbefehl des Unterhaltsurteiles nicht um die Höhe der geleisteten Beträge an Provisorialunterhalt einzuschränken sei. Entscheidend sei, so der 6. Senat des Obersten Gerichtshofes, dass Provisorialunterhalt nach § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO ja (wie ausgeführt) immer nur vorschussweise (abgeleitet aus "einstweilen" in dieser Gesetzesstelle) zu zahlen sei, deren endgültige rechtliche Zuweisung vom Ergebnis des ordentlichen Verfahrens abhängig sei. Die Leistung des Provisorialunterhaltes als eines behördlich angeordneten Vorschusses auf den im ordentlichen Verfahren vom Unterhaltsschuldner bestrittenen Unterhaltsanspruch sei niemals Erfüllung des Unterhaltsanspruches selbst, sondern lediglich Erfüllung des Anspruches auf vorschussweise Zahlungen zwecks Sicherstellung; aus dieser Überlegung sei die Einschränkung des Leistungsbefehles im Urteil um die Höhe der geleisteten Beiträge an Provisorialunterhalt nicht gerechtfertigt, sodass ein derartiger Ausspruch zu entfallen habe. Von diesen Grundsätzen ließ sich der Oberste Gerichtshof auch in den weiteren in RIS-Justiz RS0005950 zitierten Folgeentscheidungen leiten, wenngleich es dort - vorrangig bzw ausschließlich - um die hier nicht relevierte weitere Frage der Rückforderbarkeit gut- bzw schlechtgläubig verbrauchten Provisorialunterhaltes ging. In der Entscheidung 9 Ob 226/99x (= RIS-Justiz RS0005795) hat der 9. Senat unter Hinweis auf 6 Ob 629/83 ausgesprochen, dass eine Einschränkung des Leistungsbefehles im Urteil um die Höhe der geleisteten Beiträge an Provisorialunterhalt nicht erforderlich sei. Daran ist wegen des Vorschusscharakters des Provisorialunterhaltes und dem Erfordernis der Anspruchsprüfung im Hauptverfahren festzuhalten, wenngleich damit im Hauptverfahren über den Teil des Unterhaltsanspruches, der auch als Provisorialunterhalt zugesprochen worden war und gezahlt worden ist, bloß ein Titel geschaffen wird, der mit dem Eintritt seiner Rechtskraft wieder erlischt. Der Unterhaltsschuldner kann, sollte das Urteil in diesem Umfang dennoch in Exekution gezogen werden, wegen der nach Rechtskraft erfolgten Tilgung insoweit Oppositionsklage erheben. Dies

hat aber - ausgehend vom bereits einleitend referierten Grundsatz, dass Provisorialunterhalt im Scheidungsverfahren und solcher im (eigentlichen) Unterhalts-(haupt-)verfahren gleichwertig und nicht in einem sich ausschließenden Verhältnis stehen - dann nicht die vom Berufungsgericht, welches die zitierten Entscheidungen an sich grundsätzlich richtig wiedergegeben hat, gezogene Konsequenz, dass bloß der mittels einstweiliger Verfügung im vorliegenden Verfahren zugesprochene Provisorialunterhalt, nicht aber auch jener im vorangegangenen Scheidungsverfahren im Leistungsbefehl über den Unterhaltsanspruch des nunmehr endgültig ergehenden Urteils nicht anzurechnen sei, würde doch dadurch einer im Ehestreit erlassenen einstweiligen Verfügung gemäß § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO eine andere Wertigkeit zuerkannt werden als einer solchen im Unterhaltsverfahren, gestützt jedoch auf dieselbe Gesetzesstelle, was freilich schon mit dem Wortlaut dieser Bestimmung in Widerspruch stünde, werden doch dort beide Fälle im selben Text- und damit Regelungsgleichklang behandelt. Bereits in der (in der Revision auch zutreffend zitierten) Entscheidung 6 Ob 629/83, veröffentlicht in EvBl 1984/151 sowie EFSlg 44.897/5, hat der Oberste Gerichtshof bei einer vergleichbaren Sachverhaltskonstellation das Verhältnis von einstweiligem Unterhalt und dem im ordentlichen Verfahren zugesprochenen Unterhalt einer grundsätzlichen Klärung zugeführt und ist dort zum Ergebnis gekommen, dass der Leistungsbefehl des Unterhaltsurteils nicht um die Höhe der geleisteten Beträge an Provisorialunterhalt einzuschränken sei. Entscheidend sei, so der 6. Senat des Obersten Gerichtshofes, dass Provisorialunterhalt nach Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO ja (wie ausgeführt) immer nur vorschussweise (abgeleitet aus "einstweilen" in dieser Gesetzesstelle) zu zahlen sei, deren endgültige rechtliche Zuweisung vom Ergebnis des ordentlichen Verfahrens abhängig sei. Die Leistung des Provisorialunterhaltes als eines behördlich angeordneten Vorschusses auf den im ordentlichen Verfahren vom Unterhaltsschuldner bestrittenen Unterhaltsanspruch sei niemals Erfüllung des Unterhaltsanspruches selbst, sondern lediglich Erfüllung des Anspruches auf vorschussweise Zahlungen zwecks Sicherstellung; aus dieser Überlegung sei die Einschränkung des Leistungsbefehles im Urteil um die Höhe der geleisteten Beiträge an Provisorialunterhalt nicht gerechtfertigt, sodass ein derartiger Ausspruch zu entfallen habe. Von diesen Grundsätzen ließ sich der Oberste Gerichtshof auch in den weiteren in RIS-Justiz RS0005950 zitierten Folgeentscheidungen leiten, wenngleich es dort - vorrangig bzw ausschließlich - um die hier nicht relevierte weitere Frage der Rückforderbarkeit gut- bzw schlechtgläubig verbrauchten Provisorialunterhaltes ging. In der Entscheidung

**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)