

# TE OGH 2002/4/18 6Ob22/02g (6Ob23/02d)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.04.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Ingrid K\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Martin Machold, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beklagten und Gegner der gefährdeten Partei Anton K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Leopold Boyer, Rechtsanwalt in Zistersdorf, wegen Unterhalt

1. über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Korneuburg als Berufungsgericht vom 6. November 2001, GZ 25 R 154/01a-27, mit dem das Urteil des Bezirksgerichtes Gänserndorf vom 8. Juni 2001, GZ 1 C 79/00b-16, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen, die hinsichtlich des stattgebenden Teiles als unangefochten unberührt bleiben, werden im Übrigen dahin abgeändert, dass das Urteil einschließlich des unangefochtenen und des bestätigten Teiles insgesamt lautet:

"Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von 523,24 EUR (7.200 S) für die Zeit vom 1. 11. 1998 bis 31. 12. 2000 und von 350 EUR (4.816,11 S) ab 1. 1. 2001 zu zahlen, und zwar die bisher fälligen Unterhaltsbeiträge binnen 14 Tagen, die künftig fällig werdenden Beiträge jeweils am 1. des Monats im Vorhinein.

Das Unterhaltsmehrbegehren (jeweilige Differenz auf 872,07 EUR [12.000 S] monatlich) wird abgewiesen.

Die Klägerin hat dem Beklagten Barauslagen von insgesamt 212,20 EUR binnen 14 Tage zu ersetzen.

Der Beklagte hat der Klägerin Barauslagen von insgesamt 973,44 EUR binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die übrigen Verfahrenskosten werden in allen Instanzen gegeneinander aufgehoben."

2. über den Revisionsrekurs der Klägerin gegen den Beschluss des Landesgerichtes Korneuburg als Rekursgericht vom 6. November 2001, GZ 25 R 156/01w-28, mit dem der Antrag der Klägerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahin, dass der Beklagte ab 9. 8. 2000 zu einem vorläufigen Unterhaltsbeitrag von 12.000 S verpflichtet werde, zurückgewiesen wurde, den Beschluss

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass der Beschluss insgesamt lautet:

"Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin einstweilige monatliche Unterhaltsbeiträge von 523,24 EUR (7.200 S) für die Zeit vom 9. 8. 2000 bis 31. 12. 2000 und von 350 EUR (4.816,11 S) ab 1. 1. 2001, längstens aber bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Unterhaltsklage zu zahlen, und zwar die bisher fälligen Unterhaltsbeiträge binnen 14 Tagen, die künftig fällig werdenden Beiträge jeweils am 1. des Monats im Vorhinein.

Das Unterhaltsmehrbegehren (jeweilige Differenz auf 872,07 EUR [12.000 S] monatlich) wird abgewiesen.

Die Kosten des Sicherungsverfahrens werden in allen Instanzen gegeneinander aufgehoben."

### **Text**

Entscheidungsgründe:

Die am 3. 7. 1981 geschlossene Ehe der Streitparteien wurde mit noch nicht rechtskräftigem Urteil des Erstgerichtes vom 28. 12. 2001 aus dem überwiegenden Verschulden des Beklagten geschieden. Aus der Ehe stammen drei am 28. 2. 1982, am 7. 5. 1988 und am 10. 1. 1990 geborene Kinder. Mit einstweiliger Verfügung vom 7. 12. 1998 wurde der Beklagte aus der gemeinsamen Ehwohnung ausgewiesen. Die Kinder verblieben bei der Klägerin. Der Beklagte wurde zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen für die Kinder von 6.100 S, 5.250 S und 4.830 S monatlich verpflichtet. Die Klägerin wohnt mit den Kindern nach wie vor in dem ihr und dem Beklagten je zur Hälfte gehörenden Haus in G\*\*\*\*\*. Sie war seit 1986 mit einigen Unterbrechungen in der Steuerberatungskanzlei des Beklagten beschäftigt. Sie übte zunächst die Tätigkeit einer Buchhalterin und später die einer Sachbearbeiterin aus. Als solche erstellte sie Bilanzen, Jahresabschlüsse und Steuererklärungen. Anfangs wohnte das Ehepaar in Wien. Während dieser Zeit verrichtete die Klägerin die Arbeiten zu Hause. Nach der Übersiedlung nach G\*\*\*\*\* im Jahr 1991 arbeitete sie in dem außerhalb des gemeinsamen Hauses gelegenen Büro des Beklagten. Sie war "offiziell" mit 30 Stunden in der Woche angestellt. Ihre tatsächliche Arbeitszeit lag zwischen 25 und 30 Wochenstunden. Hiefür erhielt sie zuletzt rund 500.000 S brutto im Jahr. Der Beklagte beendete das Dienstverhältnis zur Klägerin mit Ende Februar 1998. Mit Urteil des Landesgerichtes Korneuburg als Arbeits- und Sozialgericht erhielt die Klägerin in dem von ihr gegen den Beklagten wegen restlicher Gehaltsansprüche und aus der Beendigung des Dienstverhältnisses resultierenden Ansprüche geführten Verfahren insgesamt 213.967,07 S brutto abzüglich 46.661,12 S netto samt Zinsen und Kosten zugesprochen. In der Zeit vom 1. 3. bis 31. 10. 1998 bezog die Klägerin Arbeitslosengeld. Aus der Vermietung einer ihr gehörenden Eigentumswohnung in G\*\*\*\*\* erzielt sie monatliche Mieteinnahmen von 7.000 S brutto, wovon ihr nach Abzug sämtlicher damit zusammenhängender Kosten 3.000 S monatlich verbleiben. Zudem hat sie Pachteinnahmen von 3.000 S im Jahr. Noch vor dem Auszug des Beklagten aus dem gemeinsamen Haus begann die Klägerin, dort selbst eine Steuerberatungskanzlei einzurichten. Im Dezember 1998 nahm sie die Tätigkeit als selbständige Steuerberaterin auf, die sie nach wie vor im gemeinsamen Haus ausübt. Bisher konnte sie keinen steuerpflichtigen Gewinn erwirtschaften. Die Klägerin hat sich um unselbständige Arbeit, die sie zu Hause verrichten hätten können, vergeblich bemüht. Es werden zwar insbesondere in Wien immer wieder Fachkräfte für Buchhaltungs- und Steuerberatungstätigkeiten gesucht. Die Klägerin will aber eine außerhalb von G\*\*\*\*\* gelegene Arbeitsstelle wegen der von ihr zu betreuenden Kinder nicht annehmen. Im Fall einer Anstellung als unselbständige Steuerberaterin könnte sie bei einem Beschäftigungsausmaß von 25 bis 30 Wochenstunden (nach den Feststellungen der Vorinstanzen) ein monatliches durchschnittliches Nettoeinkommen "von zumindest 27.000 S" erzielen. Der Beklagte bezog 1996 als Betreiber seiner Steuerberatungskanzlei

723.530 S, 1997 796.229 S und 1998 716.969 S (jeweils abzüglich Einkommenssteuer, aber zuzüglich des "Siebentel - Übertragungsverlustes gemäß § 4 Abs 10 EStG 1988"). In den folgenden Jahren haben sich die Umsätze erhöht, das Nettoeinkommen blieb aber in etwa gleich. Der Beklagte bezahlt auch nach seinem Auszug die für das gemeinsame Haus anfallenden Kreditraten für Bausparkkredite von insgesamt 11.990 S monatlich und zusätzlich von 6.575 S halbjährlich für den Kredit des Landes Niederösterreich. Er kommt auch für die laufenden Kosten wie insbesondere Strom und Gas von ca. 7.000 S und die Gemeindeabgaben von ca. 3.000 S, jeweils vierteljährlich, auf. Er trägt weiters die Kosten einer ehemals von den Streitparteien gemeinsam gemieteten Wohnung in Wien, die er für Familienangehörige erhalten will, von ca. 3.000 S monatlich. Nach seiner Ausweisung aus dem gemeinsamen Haus erwarb er eine Wohnung samt Möbel, die er durch eine Kreditaufnahme finanzierte. Seine hieraus resultierenden Rückzahlungspflichten betragen etwa 12.000 S monatlich. Im Zuge des Scheidungsverfahrens beantragte die Klägerin am 6. 4. 1999 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung des Inhaltes, den Beklagten bis zur rechtskräftigen Ehescheidung zur Zahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge von 12.000 S an sie zu verpflichten. Mit Beschluss vom 11.

10. 1999 wies das Erstgericht diesen Antrag ab, weil die Klägerin ihre eigenen wirtschaftlichen Lebensverhältnisse nicht dargelegt, insbesondere den gerichtlichen Auftrag zur Vorlage der Umsatzsteuervoranmeldungen für 1998 und für die Monate Jänner bis April 1999 nicht befolgt und daher nicht bescheinigt habe, dass ihr über die laufenden Leistungen des Beklagten für das von ihr bewohnte Haus hinausgehende Unterhaltsansprüche zustünden. Einem dagegen erhobenen Rekurs der Klägerin hat das Rekursgericht mit Beschluss vom 14. 3. 2000 nicht Folge gegeben. 723.530 S, 1997 796.229 S und 1998 716.969 S (jeweils abzüglich Einkommenssteuer, aber zuzüglich des "Siebentel - Übertragungsverlustes gemäß Paragraph 4, Absatz 10, EStG 1988"). In den folgenden Jahren haben sich die Umsätze erhöht, das Nettoeinkommen blieb aber in etwa gleich. Der Beklagte bezahlt auch nach seinem Auszug die für das gemeinsame Haus anfallenden Kreditraten für Bausparkkredite von insgesamt 11.990 S monatlich und zusätzlich von 6.575 S halbjährlich für den Kredit des Landes Niederösterreich. Er kommt auch für die laufenden Kosten wie insbesondere Strom und Gas von ca. 7.000 S und die Gemeindeabgaben von ca. 3.000 S, jeweils vierteljährlich, auf. Er trägt weiters die Kosten einer ehemals von den Streitparteien gemeinsam gemieteten Wohnung in Wien, die er für Familienangehörige erhalten will, von ca. 3.000 S monatlich. Nach seiner Ausweisung aus dem gemeinsamen Haus erwarb er eine Wohnung samt Möbel, die er durch eine Kreditaufnahme finanzierte. Seine hieraus resultierenden Rückzahlungspflichten betragen etwa 12.000 S monatlich. Im Zuge des Scheidungsverfahrens beantragte die Klägerin am 6. 4. 1999 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung des Inhaltes, den Beklagten bis zur rechtskräftigen Ehescheidung zur Zahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge von 12.000 S an sie zu verpflichten. Mit Beschluss vom 11. 10. 1999 wies das Erstgericht diesen Antrag ab, weil die Klägerin ihre eigenen wirtschaftlichen Lebensverhältnisse nicht dargelegt, insbesondere den gerichtlichen Auftrag zur Vorlage der Umsatzsteuervoranmeldungen für 1998 und für die Monate Jänner bis April 1999 nicht befolgt und daher nicht bescheinigt habe, dass ihr über die laufenden Leistungen des Beklagten für das von ihr bewohnte Haus hinausgehende Unterhaltsansprüche zustünden. Einem dagegen erhobenen Rekurs der Klägerin hat das Rekursgericht mit Beschluss vom 14. 3. 2000 nicht Folge gegeben.

Mit am 9. 8. 2000 eingebrachter Klage begehrte die Klägerin, ihr ab 1. 11. 1998 monatliche Unterhaltsleistungen von 12.000 S zuzuerkennen. Mit der Klage verband sie den Antrag, den Beklagten mit einer einstweiligen Verfügung ab sofort zur Leistung dieser Beiträge, und zwar bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Scheidungs- oder des Unterhaltsverfahrens zu verpflichten. In G\*\*\*\*\* und Umgebung stehe ihr keine adäquate Beschäftigungsmöglichkeit, die ihr die Versorgung ihrer Kinder wie bisher ermögliche, zur Verfügung. Sie habe die Steuerberatungskanzlei des Beklagten mitaufgebaut; ihr sei daher eine andere Tätigkeit als die einer Steuerberaterin nicht zumutbar. Aus ihrer selbständigen Tätigkeit habe sie noch keine Überschüsse erwirtschaften können. Der Beklagte verdiene mindestens 60.000 S netto monatlich.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klage- und des Sicherungsbegehrens. Die Klägerin müsse sich im Sinne der Anspannungstheorie ein fiktives Einkommen von 40.000 brutto, wie sie es in seiner Steuerberatungskanzlei erzielt habe, anrechnen lassen. Seine Leistungen für das gemeinsame Haus, das die Klägerin teilweise als Steuerberatungskanzlei nutze, seien als Naturalunterhalt anzurechnen.

Das Erstgericht erkannte den Beklagten mit Urteil schuldig, der Klägerin für die Zeit vom 1. 1. 1999 bis 31. 12. 2001 monatliche Unterhaltsbeiträge von 7.200 S zu zahlen und wies das Mehrbegehren ab. Zugleich verpflichtete es den Beklagten im Rahmen einer in die Urteilsausfertigung aufgenommenen einstweiligen Verfügung zu vorläufigen Unterhaltsbeiträgen in derselben Höhe für die Zeit vom 9. 8. 2000 "bis 31. 12. 2001". Der Klägerin sei auch weiterhin eine Berufstätigkeit von 25 bis 30 Wochenstunden zumutbar. Sie habe hierbei Anreisezeiten von je einer Stunde pro Wegstrecke in Kauf zu nehmen. Bei Aufnahme einer solchen Tätigkeit könne sie zumindest 27.000 S netto im Monatsschnitt erzielen. Die laufenden Zahlungen des Beklagten für das gemeinsame Haus seien als Naturalunterhalt für die Klägerin und die drei Kinder zu werten. Auf die Klägerin entfielen hiervon ein Viertel, das seien etwa 2.500 S monatlich. Lege man ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen des Beklagten von rund 62.000 S und ein solches der Klägerin von 27.800 S und ihre Mieteinnahmen von 3.000 S monatlich zugrunde, bestehe unter Berücksichtigung der weiteren Sorgepflichten des Beklagten für die drei Kinder und seiner Naturalleistungen kein Unterhaltsanspruch der Klägerin mehr. Allerdings sei der Klägerin die Möglichkeit zu eröffnen, durch Aufnahme der Berufstätigkeit als Selbständige in ihrem erlernten Beruf künftig bessere Verdienstmöglichkeiten anzustreben. Der Beklagte als Unterhaltspflichtiger müsse die damit verbundenen finanziellen Anfangsschwierigkeiten vorübergehend in Kauf nehmen, wobei ein Zeitraum von etwa drei Jahren als angemessen erscheine. Als Naturalunterhalt des Beklagten sei in diesem Zusammenhang ein weiterer Betrag von 4.000 S zu berücksichtigen, weil die Klägerin ihre selbständige

Steuerberatungstätigkeit im gemeinsamen Haus ausübe und dieses somit auch gewerblich nutze. Gehe man von einem Unterhaltsanspruch der Klägerin von rund 16.800 S monatlich aus, so ergebe sich nach Abzug des Naturalunterhaltes von 6.500 S und des Eigeneinkommens der Klägerin von 3.100 S der zuerkannte Unterhaltsbetrag von 7.200 S. Da sich die Klägerin im Jahr 1998 neben dem Monatsbezug für Jänner auch das Arbeitslosengeld und den ihr vom Arbeits- und Sozialgericht zuerkannten Betrag von 213.967,07 brutto anrechnen lassen müsse, sei ihr Unterhaltsbegehren für November und Dezember 1998 zur Gänze abzuweisen. Die Voraussetzungen des § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO für die Festsetzungen eines vorläufigen Unterhalts im zuerkannten Ausmaß lägen aber bereits ab Antragstag vor. Dieser Unterhalt sei aus den dargelegten Erwägungen ebenfalls befristet zuzusprechen gewesen. Gegen diese Entscheidung erhoben beide Parteien jeweils Berufung und Rekurs. Die Klägerin strebte die gänzliche Stattgebung ihres Unterhaltsbegehrens, der Beklagte deren gänzliche Abweisung an. Mit Urteil vom 6. 11. 2001 gab das Gericht zweiter Instanz beiden Berufungen teilweise, und zwar hinsichtlich des strittigen Zeitraumes Folge und änderte das Ersturteil dahin ab, dass es der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von 7.200 S für die Zeit vom 1. 11. 1998 bis 31. 12. 2000 zuerkannte und das Mehrbegehren abwies. Die ordentliche Revision erklärte es für nicht zulässig. Mit Beschluss vom selben Tag entschied es, dass dem Rekurs der Klägerin gegen die einstweilige Verfügung "nicht Folge", dem Rekurs des Beklagten hingegen "Folge gegeben" und der Beschluss des Erstgerichtes im Sinne einer Zurückweisung des Sicherungsantrages "abgeändert" werde. Den ordentlichen Revisionsrekurs erklärte es für nicht zulässig. Da die von der Klägerin bezogene Abfertigung nicht auf die Monate November und Dezember 1998 fortwirke, sei ihr der vom Erstgericht im Übrigen zutreffend ausgemessene Unterhalt bereits ab November 1998 zuzuerkennen. Es sei jedoch der Klägerin zuzumuten, weiterhin im bisherigen Ausmaß unselbständig tätig zu sein. Unter Berücksichtigung der konkreten Situation sei der ihr zuzubilligende Zeitraum einer unternehmensbedingten gewinnlosen Zeit mit zwei Jahren anzusetzen, weil ein ordentlicher Unternehmer spätestens dann nach einer anderen Einkommensquelle suchen würde. Die Klägerin habe daher bereits ab 1. 1. 2001 keinen Unterhaltsanspruch mehr. Unter Berücksichtigung der Sorgepflichten des Beklagten für drei Kinder und seines Einkommens von 60.000 S monatlich sowie jenem der Klägerin von 3.000 S monatlich entfallene ein Unterhaltsanspruch der Klägerin bereits bei einem weit unter 27.000 S netto liegenden fiktiven Einkommen, wenn man, wie das Erstgericht, einen Naturalunterhalt in Höhe von 6.500 S monatlich berücksichtige. Da die Klägerin einen Raum im Haus betrieblich nütze und sich dadurch die Miete für ein Büro erspare, habe das Erstgericht zu Recht einen fiktiven Mietaufwand als einen vom Beklagten geleisteten Naturalunterhalt gewertet. Das Erstgericht erkannte den Beklagten mit Urteil schuldig, der Klägerin für die Zeit vom 1. 1. 1999 bis 31. 12. 2001 monatliche Unterhaltsbeiträge von 7.200 S zu zahlen und wies das Mehrbegehren ab. Zugleich verpflichtete es den Beklagten im Rahmen einer in die Urteilsausfertigung aufgenommenen einstweiligen Verfügung zu vorläufigen Unterhaltsbeiträgen in derselben Höhe für die Zeit vom 9. 8. 2000 "bis 31. 12. 2001". Der Klägerin sei auch weiterhin eine Berufstätigkeit von 25 bis 30 Wochenstunden zumutbar. Sie habe hiebei Anreisezeiten von je einer Stunde pro Wegstrecke in Kauf zu nehmen. Bei Aufnahme einer solchen Tätigkeit könne sie zumindest 27.000 S netto im Monatsschnitt erzielen. Die laufenden Zahlungen des Beklagten für das gemeinsame Haus seien als Naturalunterhalt für die Klägerin und die drei Kinder zu werten. Auf die Klägerin entfielen hievon ein Viertel, das seien etwa 2.500 S monatlich. Lege man ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen des Beklagten von rund 62.000 S und ein solches der Klägerin von 27.800 S und ihre Mieteinnahmen von 3.000 S monatlich zugrunde, bestehe unter Berücksichtigung der weiteren Sorgepflichten des Beklagten für die drei Kinder und seiner Naturalleistungen kein Unterhaltsanspruch der Klägerin mehr. Allerdings sei der Klägerin die Möglichkeit zu eröffnen, durch Aufnahme der Berufstätigkeit als Selbständige in ihrem erlernten Beruf künftig bessere Verdienstmöglichkeiten anzustreben. Der Beklagte als Unterhaltspflichtiger müsse die damit verbundenen finanziellen Anfangsschwierigkeiten vorübergehend in Kauf nehmen, wobei ein Zeitraum von etwa drei Jahren als angemessen erscheine. Als Naturalunterhalt des Beklagten sei in diesem Zusammenhang ein weiterer Betrag von 4.000 S zu berücksichtigen, weil die Klägerin ihre selbständige Steuerberatungstätigkeit im gemeinsamen Haus ausübe und dieses somit auch gewerblich nutze. Gehe man von einem Unterhaltsanspruch der Klägerin von rund 16.800 S monatlich aus, so ergebe sich nach Abzug des Naturalunterhaltes von 6.500 S und des Eigeneinkommens der Klägerin von 3.100 S der zuerkannte Unterhaltsbetrag von 7.200 S. Da sich die Klägerin im Jahr 1998 neben dem Monatsbezug für Jänner auch das Arbeitslosengeld und den ihr vom Arbeits- und Sozialgericht zuerkannten Betrag von 213.967,07 brutto anrechnen lassen müsse, sei ihr Unterhaltsbegehren für November und Dezember 1998 zur Gänze abzuweisen. Die Voraussetzungen des Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO für die Festsetzungen eines vorläufigen Unterhalts im zuerkannten Ausmaß lägen aber bereits ab Antragstag vor. Dieser Unterhalt sei aus den dargelegten Erwägungen ebenfalls befristet zuzusprechen

gewesen. Gegen diese Entscheidung erhoben beide Parteien jeweils Berufung und Rekurs. Die Klägerin strebte die gänzliche Stattgebung ihres Unterhaltsbegehrens, der Beklagte deren gänzliche Abweisung an. Mit Urteil vom 6. 11. 2001 gab das Gericht zweiter Instanz beiden Berufungen teilweise, und zwar hinsichtlich des strittigen Zeitraumes Folge und änderte das Ersturteil dahin ab, dass es der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von 7.200 S für die Zeit vom 1. 11. 1998 bis 31. 12. 2000 zuerkannte und das Mehrbegehren abwies. Die ordentliche Revision erklärte es für nicht zulässig. Mit Beschluss vom selben Tag entschied es, dass dem Rekurs der Klägerin gegen die einstweilige Verfügung "nicht Folge", dem Rekurs des Beklagten hingegen "Folge gegeben" und der Beschluss des Erstgerichtes im Sinne einer Zurückweisung des Sicherungsantrages "abgeändert" werde. Den ordentlichen Revisionsrekurs erklärte es für nicht zulässig. Da die von der Klägerin bezogene Abfertigung nicht auf die Monate November und Dezember 1998 fortwirke, sei ihr der vom Erstgericht im Übrigen zutreffend ausgemessene Unterhalt bereits ab November 1998 zuzuerkennen. Es sei jedoch der Klägerin zuzumuten, weiterhin im bisherigen Ausmaß unselbständig tätig zu sein. Unter Berücksichtigung der konkreten Situation sei der ihr zuzubilligende Zeitraum einer unternehmensbedingten gewinnlosen Zeit mit zwei Jahren anzusetzen, weil ein ordentlicher Unternehmer spätestens dann nach einer anderen Einkommensquelle suchen würde. Die Klägerin habe daher bereits ab 1. 1. 2001 keinen Unterhaltsanspruch mehr. Unter Berücksichtigung der Sorgepflichten des Beklagten für drei Kinder und seines Einkommens von 60.000 S monatlich sowie jenem der Klägerin von 3.000 S monatlich entfallene ein Unterhaltsanspruch der Klägerin bereits bei einem weit unter 27.000 S netto liegenden fiktiven Einkommen, wenn man, wie das Erstgericht, einen Naturalunterhalt in Höhe von 6.500 S monatlich berücksichtige. Da die Klägerin einen Raum im Haus betrieblich nütze und sich dadurch die Miete für ein Büro erspare, habe das Erstgericht zu Recht einen fiktiven Mietaufwand als einen vom Beklagten geleisteten Naturalunterhalt gewertet.

Die Zurückweisung des Sicherungsantrages begründete das Gericht zweiter Instanz damit, dass auch im Provisorialverfahren das Prozesshindernis der rechtskräftig entschiedenen Sache zu beachten sei. Ein neuer Antrag könne grundsätzlich nur bei Änderungen im Anspruchs- oder Gefährdungssachverhalt gestellt werden. Selbst wenn nach einem Teil der Lehre nach Abweisung eines Sicherungsantrages ein neuer Antrag wegen neuer Bescheinigungsmittel für zulässig erachtet werde, könne dies jedenfalls im zweiseitig gewordenen Verfahren immer nur dann gelten, wenn der Antragsteller die neuen Bescheinigungsmittel im ersten Verfahren noch nicht beibringen hätte können. Dass es der Klägerin nicht möglich gewesen wäre, schriftliche Unterlagen über ihr Unternehmensergebnis bereits im ursprünglichen Sicherungsverfahren trotz der diesbezüglichen Aufforderung des Gerichtes beizubringen, sei nicht einmal vorgebracht worden. Der neuerliche Sicherungsantrag sei daher wegen rechtskräftig entschiedener Sache zurückzuweisen.

Entgegen den jeweiligen Aussprüchen des Gerichtes zweiter Instanz über die Unzulässigkeit ordentlicher Rechtsmittel sind sowohl die Revision der Klägerin gegen das Urteil als auch ihr Revisionsrekurs gegen den Beschluss des Gerichtes zweiter Instanz zulässig, weil das Gericht zweiter Instanz wesentliche Grundsätze der Unterhaltungsbemessung nicht beachtet hat. Beide Rechtsmittel sind auch teilweise berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

#### **1. Zur Revision der Klägerin:**

Der vorliegende Fall ist zwar insoweit nicht mit jenen Sachverhalten zu vergleichen, die den in der Revision zitierten Entscheidungen 7 Ob 618/95 (= SZ 68/236) und 6 Ob 137/97h zugrunde lagen und in denen die im Betrieb des Mannes mitarbeitende Ehefrau nach Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft einer haushaltsführenden, nicht berufstätigen Ehefrau im Bezug auf ihren Unterhaltsanspruch gleichgestellt und die Anwendung der Anspannungstheorie verneint wurde. Hier hat die Klägerin, anders als dort, während ihrer Beschäftigung beim Beklagten adäquate Gehaltszahlungen erhalten. Die Klägerin hat aber in ihrem Haushalt als nunmehr alleinerziehende Mutter drei Kinder zu betreuen. Wenn auch für die ältere, bereits volljährige Tochter kaum mehr ein Betreuungsaufwand anfallen wird, sind doch die beiden jüngeren Kinder noch in einem Alter, das der Mutter entsprechende Aufsicht und Fürsorge abverlangt. Das Büro des Beklagten, in dem die Klägerin während der aufrechten Lebensgemeinschaft arbeitete, lag zwar zuletzt außerhalb der Ehemwohnung. Die Klägerin konnte sich aber die Arbeitszeit entsprechend einteilen, um sich um die gemeinsamen Kinder zu kümmern und bei Bedarf umgehend zur Stelle sein, weil der Arbeitsplatz im selben Ort lag und ein kurzfristiges Entfernen von dort aufgrund dessen, dass ihr Arbeitgeber zugleich ihr Ehemann war, wohl keine Probleme bereitete. Diese einvernehmlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse, die für die Ausmessung des Unterhaltes nach § 94 EheG während aufrechter Ehe bestimmend ist

(1 Ob 529, 530/92; RIS-Justiz RS0009710; Schwimann in Schwimann, ABGB2, § 94 ABGB Rz 12), stünde entgegen, die Klägerin nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft dazu zu veranlassen, einen Arbeitsplatz in Wien anzunehmen und jeden Tag eine zweistündige Fahrzeit in Kauf zu nehmen. Sie wäre selbst bei einer Teilzeitarbeit praktisch den ganzen Tag über außer Haus. Es kann von ihr insbesondere auch im Hinblick auf die noch erforderlichen Betreuungsleistungen für die beiden jüngeren Kinder nicht verlangt werden, einen Arbeitsplatz in dieser Entfernung von ihrem Wohnsitz anzunehmen, was nicht nur mit hohem zeitlichen Mehraufwand verbunden wäre, sondern es ihr auch unmöglich machte, die Kinder unter Tags zu beaufsichtigen, sich die Arbeitszeit entsprechend frei einzuteilen und bei Bedarf kurzfristig vom Arbeitsplatz nach Hause zurückzukehren. Da feststeht, dass die Klägerin in der näheren Umgebung ihres Wohnsitzes keine Möglichkeit hat, einen ihrem erlernten Beruf und ihrer bisherigen Tätigkeit einigermaßen adäquate Arbeitsstelle zu finden und bei einer Beschäftigung in Wien ihre bisherige, im Einvernehmen mit dem Beklagten geführte Lebensweise zum Nachteil ihrer Obsorgepflichten für die gemeinsamen Kinder in unzumutbarer Weise ändern müsste, kommt im Gegensatz zur Ansicht der Vorinstanzen eine Anspannung der Klägerin auf Erzielung von Einkünften aus unselbständiger Tätigkeit (noch dazu in der Höhe von 27.000 S netto monatlich bei einer Teilzeitbeschäftigung) derzeit nicht in Frage. Die Rechtsprechung wendet zwar in Unterhaltsentscheidungen den Anspannungsgrundsatz bei Begründung einer selbständigen Erwerbstätigkeit an, wenn es sich nicht um eine realistische Einkommensquelle handelt und in absehbarer Zeit nicht mit einem gegenüber dem bisherigen höheren Einkommen gleichwertigen angemessenen Einkommen gerechnet werden kann (RIS-Justiz RS0087653). Nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles kann jedoch der Umstand, dass die Bemühungen der Klägerin, als selbständige Steuerberaterin in G\*\*\*\* Fuß zu fassen und aus dieser Tätigkeit ins Gewicht fallende Gewinne zu erzielen, bei Schluss der Verhandlung erster Instanz noch immer nichts fruchteten, nicht zu einer von vornherein festzusetzenden zeitlichen Begrenzung der Unterhaltsverpflichtung des Beklagten führen. Dass sie den Verlust ihrer relativ gut bezahlten und ihr eine relativ freie Zeiteinteilung ermöglichende Teilzeittätigkeit beim Beklagten nicht zu vertreten hat und auf die fiktive Möglichkeit der Beibehaltung ihres Arbeitsplatzes nicht verwiesen werden kann, stellt der Beklagte selbst nicht in Frage. Ihm musste bei Auflösung des Dienstverhältnisses klar sein, dass die Klägerin schwerlich einen einigermaßen adäquaten Arbeitsplatz finden werde. Der Unterhalt ist der Klägerin daher nach den derzeitigen Umständen entgegen der Auffassung der Vorinstanzen zeitlich unbefristet zu gewähren. Die Höhe der Unterhaltsverpflichtung ist jedoch gegenüber den von den Vorinstanzen zuerkannten monatlichen Beträgen für die über die bereits rechtskräftige Zuerkennung von 7.200 S monatlich hinausgehende Zeit nach unten zu korrigieren. Die Rechtsprechung erkennt dem gänzlich einkommenslosen unterhaltsberechtigten Ehepartner 33 % des anrechenbaren Einkommens des Unterhaltspflichtigen und bei beiderseitigen Einkünften dem weniger verdienenden Ehepartner 40 % dieses Einkommens, abzüglich des Eigeneinkommens und jeweils abzüglich von 4 % der Bemessungsgrundlage für jede weitere Sorgspflicht gegenüber Kindern zu (RIS-Justiz RS0012492; RS0009547). Bei ganz geringfügigem Einkommen des Unterhaltsberechtigten insbesondere gegenüber einem erheblich überdurchschnittlichen Einkommen des besser verdienenden Ehepartners kann die Ermittlung des Unterhaltsanspruches mit 40 % des gemeinsamen Einkommens aber zu einer Verzerrung führen. In den Fällen, in denen die Berücksichtigung des wesentlich geringeren Einkommens des Unterhaltsberechtigten dazu führen würde, dass der Unterhaltspflichtige mehr zu zahlen hätte als dann, wenn man das Einkommen des Unterhaltsberechtigten außer Betracht lässt und den Unterhalt mit 33 % des Einkommens des Verpflichteten bemisst, hat das Einkommen des Berechtigten außer Betracht zu bleiben. Denn die Unterhaltspflicht soll sich nicht dadurch erhöhen, dass der Unterhaltsberechtigte über eigenes Einkommen verfügt. Das Eigeneinkommen des Unterhaltsberechtigten ist in einem solchen Fall dann aber nicht in Abzug zu bringen (2 Ob 584/91; RIS-Justiz RS0057433). Der vorliegende Fall ist zwar insoweit nicht mit jenen Sachverhalten zu vergleichen, die den in der Revision zitierten Entscheidungen 7 Ob 618/95 (= SZ 68/236) und 6 Ob 137/97h zugrunde lagen und in denen die im Betrieb des Mannes mitarbeitende Ehefrau nach Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft einer haushaltsführenden, nicht berufstätigen Ehefrau im Bezug auf ihren Unterhaltsanspruch gleichgestellt und die Anwendung der Anspannungstheorie verneint wurde. Hier hat die Klägerin, anders als dort, während ihrer Beschäftigung beim Beklagten adäquate Gehaltszahlungen erhalten. Die Klägerin hat aber in ihrem Haushalt als nunmehr alleinerziehende Mutter drei Kinder zu betreuen. Wenn auch für die ältere, bereits volljährige Tochter kaum mehr ein Betreuungsaufwand anfallen wird, sind doch die beiden jüngeren Kinder noch in einem Alter, das der Mutter entsprechende Aufsicht und Fürsorge abverlangt. Das Büro des Beklagten, in dem die Klägerin während der aufrechten Lebensgemeinschaft arbeitete, lag zwar zuletzt außerhalb der Ehwohnung. Die Klägerin konnte sich aber die Arbeitszeit entsprechend einteilen, um sich um die gemeinsamen

Kinder zu kümmern und bei Bedarf umgehend zur Stelle sein, weil der Arbeitsplatz im selben Ort lag und ein kurzfristiges Entfernen von dort aufgrund dessen, dass ihr Arbeitgeber zugleich ihr Ehemann war, wohl keine Probleme bereitere. Diese einvernehmlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse, die für die Ausmessung des Unterhaltes nach Paragraph 94, EheG während aufrechter Ehe bestimmend ist (1 Ob 529, 530/92; RIS-Justiz RS0009710; Schwimann in Schwimann, ABGB2, Paragraph 94, ABGB Rz 12), stünde entgegen, die Klägerin nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft dazu zu veranlassen, einen Arbeitsplatz in Wien anzunehmen und jeden Tag eine zweistündige Fahrzeit in Kauf zu nehmen. Sie wäre selbst bei einer Teilzeitarbeit praktisch den ganzen Tag über außer Haus. Es kann von ihr insbesondere auch im Hinblick auf die noch erforderlichen Betreuungsleistungen für die beiden jüngeren Kinder nicht verlangt werden, einen Arbeitsplatz in dieser Entfernung von ihrem Wohnsitz anzunehmen, was nicht nur mit hohem zeitlichen Mehraufwand verbunden wäre, sondern es ihr auch unmöglich machte, die Kinder unter Tags zu beaufsichtigen, sich die Arbeitszeit entsprechend frei einzuteilen und bei Bedarf kurzfristig vom Arbeitsplatz nach Hause zurückzukehren. Da feststeht, dass die Klägerin in der näheren Umgebung ihres Wohnsitzes keine Möglichkeit hat, einen ihrem erlernten Beruf und ihrer bisherigen Tätigkeit einigermaßen adäquate Arbeitsstelle zu finden und bei einer Beschäftigung in Wien ihre bisherige, im Einvernehmen mit dem Beklagten geführte Lebensweise zum Nachteil ihrer Obsorgepflichten für die gemeinsamen Kinder in unzumutbarer Weise ändern müsste, kommt im Gegensatz zur Ansicht der Vorinstanzen eine Anspannung der Klägerin auf Erzielung von Einkünften aus unselbständiger Tätigkeit (noch dazu in der Höhe von 27.000 S netto monatlich bei einer Teilzeitbeschäftigung) derzeit nicht in Frage. Die Rechtsprechung wendet zwar in Unterhaltsentscheidungen den Anspannungsgrundsatz bei Begründung einer selbständigen Erwerbstätigkeit an, wenn es sich nicht um eine realistische Einkommensquelle handelt und in absehbarer Zeit nicht mit einem gegenüber dem bisherigen höheren Einkommen gleichwertigen angemessenen Einkommen gerechnet werden kann (RIS-Justiz RS0087653). Nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles kann jedoch der Umstand, dass die Bemühungen der Klägerin, als selbständige Steuerberaterin in G\*\*\*\*\* Fuß zu fassen und aus dieser Tätigkeit ins Gewicht fallende Gewinne zu erzielen, bei Schluss der Verhandlung erster Instanz noch immer nichts fruchteten, nicht zu einer von vornherein festzusetzenden zeitlichen Begrenzung der Unterhaltsverpflichtung des Beklagten führen. Dass sie den Verlust ihrer relativ gut bezahlten und ihr eine relativ freie Zeiteinteilung ermöglichende Teilzeittätigkeit beim Beklagten nicht zu vertreten hat und auf die fiktive Möglichkeit der Beibehaltung ihres Arbeitsplatzes nicht verwiesen werden kann, stellt der Beklagte selbst nicht in Frage. Ihm musste bei Auflösung des Dienstverhältnisses klar sein, dass die Klägerin schwerlich einen einigermaßen adäquaten Arbeitsplatz finden werde. Der Unterhalt ist der Klägerin daher nach den derzeitigen Umständen entgegen der Auffassung der Vorinstanzen zeitlich unbefristet zu gewähren. Die Höhe der Unterhaltsverpflichtung ist jedoch gegenüber den von den Vorinstanzen zuerkannten monatlichen Beträgen für die über die bereits rechtskräftige Zuerkennung von 7.200 S monatlich hinausgehende Zeit nach unten zu korrigieren. Die Rechtsprechung erkennt dem gänzlich einkommenslosen unterhaltsberechtigten Ehepartner 33 % des anrechenbaren Einkommens des Unterhaltspflichtigen und bei beiderseitigen Einkünften dem weniger verdienenden Ehepartner 40 % dieses Einkommens, abzüglich des Eigeneinkommens und jeweils abzüglich von 4 % der Bemessungsgrundlage für jede weitere Sorgepflicht gegenüber Kindern zu (RIS-Justiz RS0012492; RS0009547). Bei ganz geringfügigem Einkommen des Unterhaltsberechtigten insbesondere gegenüber einem erheblich überdurchschnittlichen Einkommen des besser verdienenden Ehepartners kann die Ermittlung des Unterhaltsanspruches mit 40 % des gemeinsamen Einkommens aber zu einer Verzerrung führen. In den Fällen, in denen die Berücksichtigung des wesentlich geringeren Einkommens des Unterhaltsberechtigten dazu führen würde, dass der Unterhaltspflichtige mehr zu zahlen hätte als dann, wenn man das Einkommen des Unterhaltsberechtigten außer Betracht lässt und den Unterhalt mit 33 % des Einkommens des Verpflichteten bemisst, hat das Einkommen des Berechtigten außer Betracht zu bleiben. Denn die Unterhaltspflicht soll sich nicht dadurch erhöhen, dass der Unterhaltsberechtigte über eigenes Einkommen verfügt. Das Eigeneinkommen des Unterhaltsberechtigten ist in einem solchen Fall dann aber nicht in Abzug zu bringen (2 Ob 584/91; RIS-Justiz RS0057433).

Nach diesen Grundsätzen errechnet sich der Unterhaltsanspruch der Klägerin gegenüber dem Beklagten mit 21 % (33 % minus 3 mal 4 %) der Bemessungsgrundlage, das ist das von den Vorinstanzen festgestellte durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen des Beklagten von 62.000 S = etwa 4.505 EUR. Dies ergibt den Betrag von 13.120 S = 946,20 EUR (bei Hinzurechnung der Mieteinnahmen der Klägerin zum Einkommen des Beklagten würde sich, ausgehend von 65.000 S, einem 40 %-igen Unterhaltsanspruch und bei Abzug des Eigeneinkommens, der weit höhere Betrag von 18.200 S ergeben).

Weiters ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte einen beträchtlichen Teil dieser Unterhaltspflicht durch Naturalunterhaltsleistungen erfüllt, wozu insbesondere die Finanzierung der Wohnung des Unterhaltsberechtigten zählt. Naturalleistungen sind zwar nur unter bestimmten Voraussetzungen zu berücksichtigen: Der Unterhaltsberechtigte muss sich ausdrücklich oder doch schlüssig damit einverstanden erklären; ferner muss aufgrund eines stabilen Verhaltens des Unterhaltsschuldners die begründete Annahme bestehen, dass dieser die Naturalleistungen auch künftig erbringen werde (RIS-Justiz RS0047258). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, trägt doch der Beklagte den Wohnungsaufwand im offensichtlichen Einvernehmen mit der Klägerin, die in ihrer Klage selbst davon ausging, dass diese vom Beklagten "auf das gemeinsame Haus regelmäßig geleisteten Zahlungen" bei Bemessung ihres Unterhaltes "anteilig" zu berücksichtigen seien. Der Beklagte trägt sowohl einen wesentlichen Teil der laufenden Wohnungskosten der Klägerin als auch die Rückzahlung der offenen, mit der Anschaffung des gemeinsamen Hauses verbundenen Kredite. Diese zur Beschaffung und Erhaltung der Ehemwohnung erbrachten Aufwendungen sind ausschließlich dem durch § 97 ABGB in dieser Weise geordneten familienrechtlichen Verhältnis zwischen den Ehepartnern zuzurechnen (RIS-Justiz RS0047457), während die sogenannten Wohnungsbenutzungskosten wie Kosten für elektrische Energie, Gas, Heizung und sonstigen Betriebskosten für alle Benutzer der Wohnung anfallen und nicht nur der Klägerin, sondern auch den unterhaltsberechtigten Kindern anteilmäßig zugutekommen (RIS-Justiz RS0009551). Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Auslagen zum Betrieb des Hauses allen zu versorgenden Personen etwa gleichteilig zugute kommen, sodass die Leistungen mangels anderer Anhaltspunkte nach Kopfteilen anzurechnen sind (1 Ob 551/91; 7 Ob 616, 617/91; 3 Ob 2101/96h; 2 Ob 259/00b). Im vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Klägerin im Haus ihr Büro unterhält und dort ihre Steuerberatertätigkeit ausübt, dass also allein durch diese Betriebsführung zusätzliche Betriebskosten anfallen, die ausschließlich der Klägerin zuzuordnen sind. Aus diesen Erwägungen erscheint eine Aufteilung der vom Beklagten getragenen laufenden Betriebskosten im Verhältnis von etwa 1 : 1 einerseits zwischen der Klägerin und andererseits den drei Kindern gerechtfertigt. Die mit der Wohnungsbeschaffung und Wohnungserhaltung im Zusammenhang stehenden Kreditrückzahlungen sind jedoch als Naturalunterhaltsleistungen ausschließlich gegenüber dem unterhaltsberechtigten Ehegatten (bis zur Erledigung eines allfälligen Aufteilungsverfahrens oder bis zu einer sonstigen vermögensrechtlichen Regelung) anzusehen und zwischen den Ehepartnern anteilig, insbesondere bei gleichteiligem Miteigentum, anzurechnen (vgl 2 Ob 259/00b; 3 Ob 2101/96h betreffend die Finanzierung der Rücklage nach § 16 WEG). Qualifiziert man die Hälfte der Kreditrückzahlungen (Bauspar- und Landeskredite) als zur Erhaltung der Ehemwohnung bestimmte und zugleich der Vermögensvermehrung der Klägerin als Hälfteigentümerin des Hauses dienende Aufwendungen des Beklagten, so ergibt sich allein daraus eine Naturalunterhaltsleistung in Höhe von etwa 6.540 S = etwa 475 EUR monatlich. Dazu kommen noch die vom Beklagten getragenen laufenden Betriebskosten von insgesamt etwa 3.300 S = etwa 240 EUR im Monatsschnitt, die der Klägerin und den Kindern gemeinsam zugute kommen und der Klägerin ebenfalls zur Hälfte, wie bereits dargestellt, auf ihren Unterhalt anzurechnen sind. Der Naturalunterhalt, den der Beklagte zugunsten der Klägerin monatlich leistet, entspricht daher dem Gegenwert von etwa 8.200 S = etwa 595 EUR (6.540 S + 1.650 S = 8.190 S) im Monatsschnitt. Damit reduziert sich der verbleibende Geldunterhaltsanspruch der Klägerin auf 4.900 S = etwa 350 EUR monatlich. Weiters ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte einen beträchtlichen Teil dieser Unterhaltspflicht durch Naturalunterhaltsleistungen erfüllt, wozu insbesondere die Finanzierung der Wohnung des Unterhaltsberechtigten zählt. Naturalleistungen sind zwar nur unter bestimmten Voraussetzungen zu berücksichtigen: Der Unterhaltsberechtigte muss sich ausdrücklich oder doch schlüssig damit einverstanden erklären; ferner muss aufgrund eines stabilen Verhaltens des Unterhaltsschuldners die begründete Annahme bestehen, dass dieser die Naturalleistungen auch künftig erbringen werde (RIS-Justiz RS0047258). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, trägt doch der Beklagte den Wohnungsaufwand im offensichtlichen Einvernehmen mit der Klägerin, die in ihrer Klage selbst davon ausging, dass diese vom Beklagten "auf das gemeinsame Haus regelmäßig geleisteten Zahlungen" bei Bemessung ihres Unterhaltes "anteilig" zu berücksichtigen seien. Der Beklagte trägt sowohl einen wesentlichen Teil der laufenden Wohnungskosten der Klägerin als auch die Rückzahlung der offenen, mit der Anschaffung des gemeinsamen Hauses verbundenen Kredite. Diese zur Beschaffung und Erhaltung der Ehemwohnung erbrachten Aufwendungen sind ausschließlich dem durch Paragraph 97, ABGB in dieser Weise geordneten familienrechtlichen Verhältnis zwischen den Ehepartnern zuzurechnen (RIS-Justiz RS0047457), während die sogenannten Wohnungsbenutzungskosten wie Kosten für elektrische Energie, Gas, Heizung und sonstigen Betriebskosten für alle Benutzer der Wohnung anfallen und nicht nur der Klägerin, sondern auch den unterhaltsberechtigten Kindern anteilmäßig zugutekommen (RIS-Justiz RS0009551). Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Auslagen zum Betrieb des Hauses allen zu versorgenden

Personen etwa gleichteilig zugute kommen, sodass die Leistungen mangels anderer Anhaltspunkte nach Kopfteilen anzurechnen sind (1 Ob 551/91; 7 Ob 616, 617/91; 3 Ob 2101/96h; 2 Ob 259/00b). Im vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Klägerin im Haus ihr Büro unterhält und dort ihre Steuerberatertätigkeit ausübt, dass also allein durch diese Betriebsführung zusätzliche Betriebskosten anfallen, die ausschließlich der Klägerin zuzuordnen sind. Aus diesen Erwägungen erscheint eine Aufteilung der vom Beklagten getragenen laufenden Betriebskosten im Verhältnis von etwa 1 : 1 einerseits zwischen der Klägerin und andererseits den drei Kindern gerechtfertigt. Die mit der Wohnungsbeschaffung und Wohnungserhaltung im Zusammenhang stehenden Kreditrückzahlungen sind jedoch als Naturalunterhaltsleistungen ausschließlich gegenüber dem unterhaltsberechtigten Ehegatten (bis zur Erledigung eines allfälligen Aufteilungsverfahrens oder bis zu einer sonstigen vermögensrechtlichen Regelung) anzusehen und zwischen den Ehepartnern anteilig, insbesondere bei gleichteiligem Miteigentum, anzurechnen (vergleiche 2 Ob 259/00b; 3 Ob 2101/96h betreffend die Finanzierung der Rücklage nach Paragraph 16, WEG). Qualifiziert man die Hälfte der Kreditrückzahlungen (Bauspar- und Landeskredite) als zur Erhaltung der Ehwohnung bestimmte und zugleich der Vermögensvermehrung der Klägerin als Hälfteeigentümerin des Hauses dienende Aufwendungen des Beklagten, so ergibt sich allein daraus eine Naturalunterhaltsleistung in Höhe von etwa 6.540 S = etwa 475 EUR monatlich. Dazu kommen noch die vom Beklagten getragenen laufenden Betriebskosten von insgesamt etwa 3.300 S = etwa 240 EUR im Monatsschnitt, die der Klägerin und den Kindern gemeinsam zugute kommen und der Klägerin ebenfalls zur Hälfte, wie bereits dargestellt, auf ihren Unterhalt anzurechnen sind. Der Naturalunterhalt, den der Beklagte zugunsten der Klägerin monatlich leistet, entspricht daher dem Gegenwert von etwa 8.200 S = etwa 595 EUR (6.540 S + 1.650 S = 8.190 S) im Monatsschnitt. Damit reduziert sich der verbleibende Geldunterhaltsanspruch der Klägerin auf 4.900 S = etwa 350 EUR monatlich.

Ein weiterer Abzug aufgrund des Umstandes, dass sich die Klägerin den Aufwand für außer Haus gelegene Büroräume erspart, kommt allerdings nicht in Betracht. Nach ständiger Rechtsprechung ist der fiktive Mietwert für die beigestellte Ehwohnung, die im Allein- oder Miteigentum des Unterhaltspflichtigen steht, nicht zu berücksichtigen. Eine solche Berücksichtigung würde zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des Unterhaltspflichtigen führen, weil ihm ein diesem Betrag entsprechendes Einkommen zur Verfügung stünde, an dem der Unterhaltsberechtigte keinen Anteil hätte. Dies widerspräche aber der Forderung, dass der unterhaltsberechtigte Ehepartner angemessen an den Lebensverhältnissen des anderen teilhaben muss (RIS-Justiz RS0013521; 3 Ob 2101/96h; Schwimann, Unterhaltsrecht<sup>2</sup>, 119 mwN). Mit welchen Tätigkeiten der Unterhaltsberechtigte seine Zeit in der ehemaligen Ehwohnung verbringt, kann hierbei keine Rolle spielen. Lediglich die höheren laufenden Betriebskosten, die mit der Ausübung einer Berufstätigkeit in der Wohnung entstanden sind, sind als Abzugspost bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen, wenn sie vom Unterhaltspflichtigen getragen werden. Diesem Umstand wurde aber bereits durch den die diesbezüglichen Naturalleistungen des Beklagten betreffenden Aufteilungsschlüssel von 1 : 1 Rechnung getragen.

## 2. Zum Revisionsrekurs der Klägerin:

Bei Ansprüchen auf den gesetzlichen Unterhalt ist der Wert des Entscheidungsgegenstandes gemäß § 58 Abs 1 JN mit dem Dreifachen der Jahresleistung vorgegeben. Diese gesetzliche Bewertungsvorschrift ist zwingendes Recht. Auch bei einem einstweiligen Unterhalt, der für die unabsehbare Dauer bis zur Rechtskraft der Entscheidung über das Scheidungsbegehren begehrt wird, besteht der Entscheidungsgegenstand in der dreifachen Jahresleistung. Danach ist auch im vorliegenden Fall unabhängig von der Bewertung des Begehrens durch die Klägerin von einem 260.000 S (20.000 EUR) übersteigenden Entscheidungsgegenstand auszugehen (6 Ob 236/98v mwN; RIS-Justiz RS0042366). Entgegen den Ausführungen des Beklagten in seiner Revisionsrekursbeantwortung beträgt daher im vorliegenden Fall - da in zweiter Instanz das gesamte Unterhaltsbegehren von 12.000 S monatlich strittig war - der Entscheidungsgegenstand zwingend 432.000 S, weshalb die Klägerin zu Recht einen an den Obersten Gerichtshof gerichteten außerordentlichen Revisionsrekurs erhoben hat. Es ist auch nicht von einer Unzulässigkeit des Revisionsrekurses wegen Wegfalles des Rechtsschutzinteresses infolge nunmehr rechtskräftiger Entscheidung des Unterhaltsstreites auszugehen. Nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung wird nach dem Wegfall der Wirkungen einer einstweiligen Verfügung infolge des Ablaufs der Zeit, für welche die einstweilige Verfügung bewilligt worden war, ein Rechtsschutzinteresse an einer Sachentscheidung über den Rekurs gegen die einstweilige Verfügung bejaht, weil der Rekurswerber wegen seiner Schadenersatzansprüche nach § 394 EO ein rechtliches Interesse an der Klärung der Frage hat, ob die einstweilige Verfügung zu Recht erlassen wurde. Die einstweilige Verfügung ist zwar inhaltlich "überholt", die Beschwer aber wegen des möglichen Schadenersatzanspruches noch nicht weggefallen (6 Ob

250/99d mwN). Der Revisionsrekurs ist entgegen dem Ausspruch des Rekursgerichtes über dessen Unzulässigkeit infolge des Vorliegens der Rechtsfrage zulässig, ob der neuerlichen Geltendmachung einstweiligen Unterhaltes die Rechtskraft einer das Unterhaltsbegehren nach § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO abweisenden Entscheidung entgegensteht. Bei Ansprüchen auf den gesetzlichen Unterhalt ist der Wert des Entscheidungsgegenstandes gemäß Paragraph 58, Absatz eins, JN mit dem Dreifachen der Jahresleistung vorgegeben. Diese gesetzliche Bewertungsvorschrift ist zwingendes Recht. Auch bei einem einstweiligen Unterhalt, der für die unabsehbare Dauer bis zur Rechtskraft der Entscheidung über das Scheidungsbegehren begehrt wird, besteht der Entscheidungsgegenstand in der dreifachen Jahresleistung. Danach ist auch im vorliegenden Fall unabhängig von der Bewertung des Begehrens durch die Klägerin von einem 260.000 S (20.000 EUR) übersteigenden Entscheidungsgegenstand auszugehen (6 Ob 236/98v mwN; RIS-Justiz RS0042366). Entgegen den Ausführungen des Beklagten in seiner Revisionsrekrusbeantwortung beträgt daher im vorliegenden Fall - da in zweiter Instanz das gesamte Unterhaltsbegehren von 12.000 S monatlich strittig war - der Entscheidungsgegenstand zwingend 432.000 S, weshalb die Klägerin zu Recht einen an den Obersten Gerichtshof gerichteten außerordentlichen Revisionsrekurs erhoben hat. Es ist auch nicht von einer Unzulässigkeit des Revisionsrekurses wegen Wegfalles des Rechtsschutzinteresses infolge nunmehr rechtskräftiger Entscheidung des Unterhaltsstreites auszugehen. Nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung wird nach dem Wegfall der Wirkungen einer einstweiligen Verfügung infolge des Ablaufs der Zeit, für welche die einstweilige Verfügung bewilligt worden war, ein Rechtsschutzinteresse an einer Sachentscheidung über den Rekurs gegen die einstweilige Verfügung bejaht, weil der Rekurswerber wegen seiner Schadenersatzansprüche nach Paragraph 394, EO ein rechtliches Interesse an der Klärung der Frage hat, ob die einstweilige Verfügung zu Recht erlassen wurde. Die einstweilige Verfügung ist zwar inhaltlich "überholt", die Beschwer aber wegen des möglichen Schadenersatzanspruches noch nicht weggefallen (6 Ob 250/99d mwN). Der Revisionsrekurs ist entgegen dem Ausspruch des Rekursgerichtes über dessen Unzulässigkeit infolge des Vorliegens der Rechtsfrage zulässig, ob der neuerlichen Geltendmachung einstweiligen Unterhaltes die Rechtskraft einer das Unterhaltsbegehren nach Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO abweisenden Entscheidung entgegensteht.

In der Entscheidung 4 Ob 333/00z, 4 Ob 10/01a (= EvBl 2001/119) hat der Oberste Gerichtshof den Meinungsstand zur Frage der Zulässigkeit eines neuen Sicherungsantrages nach Abweisung eines solchen wie folgt dargestellt: Auch im Provisorialverfahren sei das Prozesshindernis der rechtskräftig entschiedenen Streitsache (§ 411 ZPO) zu beachten, weshalb nicht gleichzeitig zwei identische Sicherungsanträge anhängig gemacht werden könnten. Ein neuer Antrag könne grundsätzlich nur bei Änderung im Anspruchs- oder Gefährdungssachverhalt gestellt werden. Während Fasching (III 698), Kodek in Rechberger, ZPO2 § 528 Rz 1; derselbe in Angst, EO 402 Rz 18), Konecny (Zur Anwendung fremden Rechts bei der Anspruchsprüfung im Provisorialverfahren, ÖBA 1988, 1184 [1192]) und König (Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>2</sup> Rz 3/53) neue Bescheinigungsmittel nicht als eine derartige Änderung werteten, vertrete Zechner (Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung, vor § 378 Rz 11; so schon - ohne Begründung - Heller/Berger/Stix III 2831) die Auffassung, dass die Bescheinigungsgrundlage Teil des Sicherungstatbestands sei. Behauptungen, die neue tatsächliche Gesichtspunkte der Anspruchs- oder Gefahrenbescheinigung erkennen ließen, seien als maßgebliche neue Tatsachen des als Einheit aufzufassenden Sicherungstatbestandes zu qualifizieren. So gesehen hindere die materielle Rechtskraft der Vorentscheidung auch nicht die Sachentscheidung über einen neuen Antrag. Soweit jedoch res judicata eingreife, sei ein von der Ausschlusswirkung der materiellen Rechtskraft der Vorentscheidung erfasster neuer Sicherungsantrag zurückzuweisen. Die überwiegende Rechtsprechung (ecolex 1994, 35 = MR 1994, 81 = RdW 1994, 49 = WBI 1994, 34 ua) verlange nachträgliche Änderungen im Sachverhalt. In der Entscheidung EvBl 1999/112 sei ausgesprochen worden, dass die Rechtskraft der Abweisung eines unschlüssigen Sicherungsantrages einen neuen schlüssigen Antrag nicht hindern könne, weil der Streitgegenstand nicht identisch sei. In der - eine Sicherungsverfügung betreffenden - Entscheidung JBl 1996, 327 = ÖBl 1996, 87, habe der Oberste Gerichtshof eine analoge Anwendung der §§ 530 ff ZPO nicht von vornherein ausgeschlossen, wohl aber das Vorliegen eines besonderen, einen Analogieschluss rechtfertigenden Schutzbedürfnisses verneint. Bei Vorliegen eines dem Wiederaufnahmegrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO entsprechenden Sachverhalts könne die Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß § 399 EO beantragt werden; im Fall der Abweisung des Sicherungsantrages stehe grundsätzlich die Möglichkeit offen, eine neue einstweilige Verfügung zu beantragen. Ob aber auch eine Änderung in Form neuer Bescheinigungsmittel einen neuen Sicherungsantrag rechtfertige, sei umstritten. Der Oberste Gerichtshof kam in dieser Entscheidung zusammenfassend zu dem Ergebnis, dass neue Sicherungsanträge wegen neuer Bescheinigungsmittel jedenfalls nicht unbeschränkt zuzulassen seien. Ob der Auffassung Zechners zu folgen sei und

eine Änderung der Bescheinigungslage daher als Aufhebungsgrund zu werten wäre, sodass der Grundsatz der Waffengleichheit die Zulässigkeit eines neuen Sicherungsantrages wegen neuer Bescheinigungsmittel nicht gänzlich ausschliesse, müsse im dort vorliegenden Fall aber nicht endgültig geklärt werden. Selbst wenn nämlich ein neuer Sicherungsantrag wegen neuer Bescheinigungsmittel für zulässig erachtet werde, könne dies jedenfalls im zweiseitig gewordenen Verfahren immer nur für Bescheinigungsmittel gelten, die der Antragsteller noch nicht beibringen haben können. Diese Negativvoraussetzung sei nicht erfüllt. In der Entscheidung 4 Ob 333/00z, 4 Ob 10/01a (= EvBl 2001/119) hat der Oberste Gerichtshof den Meinungsstand zur Frage der Zulässigkeit eines neuen Sicherungsantrages nach Abweisung eines solchen wie folgt dargestellt: Auch im Provisorialverfahren sei das Prozesshindernis der rechtskräftig entschiedenen Streitsache (Paragraph 411, ZPO) zu beachten, weshalb nicht gleichzeitig zwei identische Sicherungsanträge anhängig gemacht werden könnten. Ein neuer Antrag könne grundsätzlich nur bei Änderung im Anspruchs- oder Gefährdungssachverhalt gestellt werden. Während Fasching (römisch III 698), Kodek in Rechberger, ZPO2 Paragraph 528, Rz 1; derselbe in Angst, EO 402 Rz 18), Konecny (Zur Anwendung fremden Rechts bei der Anspruchsprüfung im Provisorialverfahren, ÖBA 1988, 1184 [1192]) und König (Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>2</sup> Rz 3/53) neue Bescheinigungsmittel nicht als eine derartige Änderung werteten, vertrete Zechner (Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung, vor Paragraph 378, Rz 11; so schon - ohne Begründung - Heller/Berger/Stix römisch III 2831) die Auffassung, dass die Bescheinigungsgrundlage Teil des Sicherungstatbestands sei. Behauptungen, die neue tatsächliche Gesichtspunkte der Anspruchs- oder Gefahrenbescheinigung erkennen ließen, seien als maßgebliche neue Tatsachen des als Einheit aufzufassenden Sicherungstatbestandes zu qualifizieren. So gesehen hindere die materielle Rechtskraft der Vorentscheidung auch nicht die Sachentscheidung über einen neuen Antrag. Soweit jedoch res judicata eingreife, sei ein von der Ausschlusswirkung der materiellen Rechtskraft der Vorentscheidung erfasster neuer Sicherungsantrag zurückzuweisen. Die überwiegende Rechtsprechung (ecolex 1994, 35 = MR 1994, 81 = RdW 1994, 49 = WBI 1994, 34 ua) verlange nachträgliche Änderungen im Sachverhalt. In der Entscheidung EvBl 1999/112 sei ausgesprochen worden, dass die Rechtskraft der Abweisung eines unschlüssigen Sicherungsantrages einen neuen schlüssigen Antrag nicht hindern könne, weil der Streitgegenstand nicht identisch sei. In der - eine Sicherungsverfügung

**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)