

OGH 1995/10/18, 7 Ob 613/95

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Warta als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Niederreiter, Dr.Schalich, Dr.Tittel und Dr.I.Huber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Elisabeth R*****, vertreten durch Dr.Ernst Maiditsch ua Rechtsanwälte in Klagenfurt, wider den Beklagten und Gegner der gefährdeten Partei Friedrich R*****, vertreten durch Dr.Heinz Napetschnig und Dr.Renate Studentschnig, Rechtsanwälte in Klagenfurt, wegen Ehescheidung, hier: Bestimmung eines einstweiligen Unterhalts, infolge Revisionsrekurses des Beklagten und Gegners der gefährdeten Partei gegen den Beschluß des Landesgerichtes Klagenfurt als Rekursgericht vom 11.Juli 1995, GZ 4 R 290, 296, 297, 298/95-27, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Klagenfurt vom 8.Mai 1995, GZ 3 C 194/94-23, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß der Beschluß einschließlich des unangefochtenen und des bestätigten Teiles insgesamt lautet:

"Der Beklagte und Gegner der gefährdeten Partei ist schuldig, jeweils ab dem 24.3.1995 bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die zu 3 C 194/94 des Bezirksgerichtes Klagenfurt anhängige Ehescheidung folgende einstweilige Unterhaltsbeiträge zu zahlen:

Für die Klägerin und gefährdete Partei Elisabeth R***** S 1.600,-- monatlich;

für die mj.Manuela R***** S 900,-- monatlich;

für den mj.Daniel R***** S 500,-- monatlich;

für die mj.Esther R***** S 500,-- monatlich.

Die bereits fällig gewordenen Beträge sind binnen 14 Tagen, die in Zukunft fällig werdenden Beträge am Ersten eines jeden Monats im Vorhinein an die klagende und gefährdete Partei zu zahlen.

Das Mehrbegehren von S 2.400,-- monatlich für die klagende und gefährdete Partei, von S 1.100,-- für die mj.Manuela, von S 1.500,-- für den mj.Daniel und von S 1.500,-- für die mj.Esther wird abgewiesen.

Die klagende und gefährdete Partei, die die Kosten des Sicherungsverfahrens im Umfang der Stattgebung vorläufig und im Umfang der Abweisung endgültig selbst zu tragen hat, ist schuldig, dem Beklagten und Gegner der gefährdeten Partei die mit insgesamt S 17.123,40 (darin S 2.853,90 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz und des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Begründung:

Mit ihrer am 22.12.1994 eingebrachten Klage begehrte die Klägerin die Ehescheidung aus dem Verschulden des Beklagten. Ungeachtet dessen wohnen die Streitteile nach wie vor im gemeinsamen Haushalt in einem ihnen je zur Hälfte gehörenden Haus. Dort leben auch ihre gemeinsamen Kinder Daniel, geboren am 31.7.1986 und Esther, geboren am 27.2.1988,

sowie die am 17.9.1983 geborene Manuela, die aus einer Vorehe der Klägerin stammt und vom Beklagten adoptiert wurde, und weiters der mj.Philipp, ein nicht vom Beklagten stammendes Kind der Klägerin. Philipp ist unter der Woche in einem Internat untergebracht. Die Klägerin erhält für ihn Unterhaltsleistungen von dessen leiblichem Vater.

Der Beklagte ist selbständig im Buch-, Kunst- und Musikgewerbe tätig und bezog 1993 ein durchschnittliches Nettoeinkommen von S 12.393,60. Von etwa diesem Einkommen ist auch für die Jahre davor und für das Jahr 1994 auszugehen.

Die Klägerin ist nicht berufstätig. Sie widmet sich der Haushaltsführung und der Erziehung der Kinder. In den Ferien werden fallweise im Haus vorhandene Ferienwohnungen an Gäste vermietet, die von einem Reisebüro vermittelt werden. Die daraus resultierenden Einnahmen beliefen sich im Jahr 1994 auf S 4.000,--. Für das Jahr 1995 fanden Buchungen für Ostern und für den Sommer statt, woraus Mieteinnahmen von rund S 8.000,-- (nach Abzug von Spesen) zu erwarten waren. Die Einnahmen aus der Vermietung der Ferienwohnungen erhält die Klägerin. Sie verwendete daraus gebildete Ersparnisse insoweit, als sie mit S 50.000,-- zum Ankauf von neuen Fenstern für das Haus und mit weiteren S 2.000,-- zur Finanzierung von Malerarbeiten beitrug. Im übrigen werden die Mieteinnahmen zur Restaurierung der Ferienwohnungen verwendet. Die Familienbeihilfe für die Kinder wird von der Klägerin bezogen.

Sämtliche für das Haus anfallende Betriebskosten wie Strom, Wasser und Heizung, (sonstige) Instandhaltungsauslagen, Abgaben und Gebühren werden vom Beklagten getragen. Im Jahr 1994 betrugen die Grundsteuern S 3.755,--, die Bündelversicherungsprämien S 6.952,--, die Kanal- und Müllabfuhrgebühr insgesamt S 9.436,21, die Heizölkosten S 14.185,--, die Wasserkosten S 3.120,-- und die Hausreparatur- und Instandhaltungskosten S 13.203,20. Dazu kommen noch monatliche

Stromkosten von derzeit S 1.150,--. Weiters legt der Beklagte Kosten für eine Krankenversicherung in Höhe von S 200,-- monatlich aus.

Der Beklagte kauft einen Großteil der Naturalien wie Getreide, Kartoffeln, Trockenfrüchte, Nüsse, Eier, Tofu, Kabu, Traubensaft und Milch für die gesamte Familie ein. Für derartige Produkte sowie für Jauseneinkäufe, Taschengeld und ähnliches gab er im Jahr 1994 folgende Beträge aus: Im Jänner S 1.700,--, im Februar S 3.333,10, im März S 9.153,70, im April S 4.537,--, im Mai S 3.976,60, im Juni S 3.150,50, im Juli S 2.155,10, im August S 1.650,60, im September S 3.149,--, im Oktober S 5.189,--, im November S 3.221,10 und im Dezember S 6.190,40 (insgesamt also etwa S 47.500,--).

Bei Bedarf werden Haushaltsartikel und Lebensmittel auch von der Klägerin gekauft. Die Klägerin finanziert auch die Geschenke für die Kinder und Patenkinder. Hiefür verwendet sie die Familienbeihilfe. Wenn die Familienbeihilfe bereits für den Lebensunterhalt aufgebraucht ist, borgt sie sich Geld aus.

Die Klägerin erhält kein fixes Wirtschaftsgeld vom Beklagten. Der Beklagte verlangt, daß die Klägerin für die zusätzlich zu den von ihm zur Verfügung gestellten Naturalien anzukaufenden Waren sowie Anschaffungen für ihren persönlichen Bedarf die Familienbeihilfe verwendet. Der Beklagte übergibt der Klägerin, wenn sie ihn darum ersucht, nur geringe Bargeldbeträge in Höhe von S 100,-- bis S 500,--. Insgesamt erhielt die Klägerin vom Beklagten im Jahr 1994 S 8.135,--, wobei sie aber in den Monaten Juli bis einschließlich Oktober 1994 überhaupt kein Bargeld vom Beklagten bekam. Die Klägerin verwendet seit September 1994 den von einer Freundin erhaltenen Darlehensbetrag von S 52.000,--, um zusätzliche Bedürfnisse der Familie zu finanzieren. Kleidungsstücke erhält die Klägerin von ihren Eltern und von ihrer Schwester. Ihre Mutter hat der Klägerin einen PKW, der auf den Namen der Mutter zugelassen ist, zur

Verfügung gestellt. Die Versicherung für diesen PKW wird von der Mutter der Klägerin bezahlt, den Treibstoff finanziert die Klägerin mit der Familienbeihilfe. Der Beklagte besitzt selbst einen PKW.

Am 24.3.1995 beantragte die Klägerin, einstweilige Verfügungen dahin zu erlassen, daß der Beklagte für die Dauer des Ehescheidungsstreites zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen von S 4.000,-- für sie selbst und von je S 2.000,-- für die Kinder Manuela, Daniel und Esther zu verpflichten sei, weil der Beklagte seine Unterhaltspflicht verletze.

Der Beklagte beantragte die Abweisung dieser Anträge und vertrat die Ansicht, daß er seine Familie ausreichend versorge und seine Leistungsfähigkeit mit diesen Versorgungsleistungen erschöpft sei.

Das Erstgericht erkannte der Klägerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von S 800,-- "zu dem bisher geleisteten Naturalunterhalt" ab Antragstag bis zur rechtskräftigen Erledigung des Scheidungsverfahrens zu und wies ihr darüber hinausgehendes Begehren von S 3.200,-- monatlich für sich selbst sowie das Begehren auf Leistung eines vorläufigen Unterhaltes für die drei Kinder zur Gänze ab. Der Beklagte leiste für die Kinder ausreichend Naturalunterhalt. Er gebe im Monat durchschnittlich S 9.420,61 für die Familie aus. Bei Umrechnung auf fünf Familienmitglieder ergebe dies S 1.884,12. Da die Klägerin Anspruch auf 21 % seines Einkommens habe (33 % minus 3 x 4 % für die unterhaltsberechtigten Kinder), ergebe sich ein Fehlbetrag von S 718,53, der auf S 800,-- aufzurunden sei. Auf die unregelmäßigen Bargeldzahlungen könne die Ehefrau nicht verwiesen werden. Die aus der Zimmervermietung gewonnenen Einnahmen seien nicht zu berücksichtigen, weil sie bloß geringfügig seien und ohnehin zur Instandhaltung des gemeinsamen Hauses verwendet würden.

Der Zuspruch von S 800,-- monatlich an die Klägerin blieb unbekämpft.

Das Gericht zweiter Instanz änderte im übrigen den Beschluß dahin ab, daß es der Klägerin monatlich S 2.600,--, der mj.Manuela S 1.900,-- und dem mj.Daniel sowie der mj.Esther je S 1.500,-- monatlich an vorläufigem Unterhalt zuerkannte und das Mehrbegehren abwies. Es sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Das Gericht zweiter Instanz vertrat die Ansicht, daß der Klägerin und den drei gegenüber dem Beklagten unterhaltsberechtigten Kindern der volle, sich jeweils aus der Anwendung der Prozentregel ergebende Unterhaltsanspruch in Geld zustehe, weil sich der Naturalunterhaltsanspruch bei der hier anzunehmenden Unterhaltsverletzung zur Gänze in einen Geldunterhaltsanspruch gewandelt habe. Mit Rücksicht auf die jeweiligen anderen Sorgepflichten seien der Klägerin 21 %, der mj.Manuela 15 % und den Kindern Daniel und Esther je 12 % vom Nettoeinkommen des Beklagten von S 12.393,60 zuzuerkennen, woraus sich - gerundet - die angeführten Unterhaltsbeiträge errechneten. Der Beklagte müsse mit dem ihm verbleibenden Betrag von S 5.000,-- das Auslangen finden.

Der dagegen seitens des Beklagten erhobene Revisionsrekurs ist zulässig und teilweise berechtigt.

Es entspricht zwar der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, daß der bei gemeinsamer Haushaltsführung grundsätzlich zustehende Naturalunterhaltsanspruch in einen Geldunterhaltsanspruch übergeht, wenn der primär zustehende Naturalunterhaltsanspruch auch nur zum Teil verletzt wird (SZ 55/174; RZ 1992, 190 ua). Dieser Grundsatz gilt aber nicht ohneweiteres für den Fall, daß der Unterhaltspflichtige die Kosten der dem Unterhaltsberechtigten zur Verfügung stehenden Wohnung trägt. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes muß vielmehr im Rahmen des § 382 Z 8 lit.a EO auch bedacht werden, daß sich der durch

das Wohnen bewirkte Unterhaltsbedarf auf die Bemessung der Höhe des einstweilen zu leistenden Unterhaltes auswirkt. Trägt der unterhaltspflichtige Eternteil die Wohnungskosten, so vermindert sich der Geldunterhaltsanspruch wegen der Deckung eines Teiles der Lebensbedürfnisse (SZ 60/97; ÖAV 1992, 91; ÖAV 1994, 62; EvBl 1993/161). Dies muß insbesondere dann gelten, wenn seit jeher die Übung bestand, daß der Unterhaltspflichtige für die im Zusammenhang mit dem Wohnen auflaufenden Kosten alleine aufkam und nicht ersichtlich ist, daß nunmehr Anlaß zur Annahme besteht, die Unterhaltsberechtigten wollten in Hinkunft selbst den auf sie entfallenden Teil dieser Kosten bestreiten oder der Unterhaltspflichtige werde die entsprechenden Zahlungen einstellen. Abgesehen davon, daß die Klägerin keinerlei Vorbringen in diese Richtung erstattet hat, ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, daß der Unterhaltspflichtige ja selbst in diesem Haus wohnt und alle Beteiligten ein eminentes Interesse daran haben müssen, daß die gesamten im Zusammenhang mit der Erhaltung der Wohnmöglichkeit stehenden Auslagen weiterhin regelmäßig beglichen werden.

Diese Aufwendungen stellen grundsätzlich hinsichtlich aller Benützer der Wohnung einen auf den Geldunterhalt anrechenbaren Naturalunterhalt dar, weil sie dazu dienen, die auch von den Unterhaltsberechtigten benützte Wohnung in benutzungsfähigem Zustand zu erhalten. Da der Beklagte nach wie vor in der Ehwohnung lebt und auch seinen Anteil dieses von ihm finanzierten Wohnungsaufwandes konsumiert, leistet er damit aber nicht ausschließlich Unterhalt für seine Familie. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß die Auslagen zur Erhaltung und zum Betrieb des Hauses allen zu versorgenden Personen etwa gleichteilig zugutekommen (RZ 1992/46; ÖAV 1994, 62), sodaß sie hier bei jedem Unterhaltsberechtigtem mit etwa einem Fünftel (bei Einbeziehung auch des Beklagten) zu veranschlagen sind. Da der gesamte Aufwand des Beklagten für Wohnungskosten im weiteren Sinn

etwa S 5.200,-- im Monatsschnitt beträgt, entspricht es der Billigkeit, den vom Gericht zweiter Instanz nach den entsprechenden Prozentsätzen errechneten Geldunterhaltsanspruch um etwa S 1.000,-- pro Person zu vermindern.

Die vom Beklagten für seine Familie getätigten Einkäufe können entgegen seinem Standpunkt nicht als bedarfsdeckend angesehen werden. Durch die nach seinem Gutdünken vorgenommenen Anschaffungen ist weder eine nahtlose noch eine umfassende Versorgung der Familienangehörigen gewährleistet, wie die Tatsache zeigt, daß die Auslagen für die Einkäufe stark schwanken und offensichtlich unregelmäßig sind, daß auch die Klägerin immer wieder Zukäufe tätigen muß, und daß der Beklagte überhaupt nur Teilbereiche der Bedürfnisse der Unterhaltsberechtigten abdeckt. Zudem ist insbesondere hinsichtlich der Klägerin darauf hinzuweisen, daß die Naturalunterhaltsleistung dergestalt zu erbringen ist, daß sie mit der Stellung der Frau als gleichberechtigter Ehepartnerin vereinbar ist (EFSlg 50.282 ua). Die ihr sporadisch überlassenen geringfügigen und nur über jeweiliges Ersuchen ausgefolgten Geldbeträge sowie die unzulänglichen und einseitigen Wareneinkäufe des Beklagten erfüllen dieses Kriterium in keiner Weise. Es ist auch nicht anzunehmen, daß sich die Unterhaltsberechtigten mit derartigen Naturalleistungen, wie sie bisher vom Beklagten erbracht wurden, für die Zukunft zufriedengeben wollen. Der über die Wohnungskosten im weiteren Sinn hinausgehende Unterhaltsanspruch der Klägerin und der drei unterhaltsberechtigten Kinder ist daher vom Beklagten ab Antragstellung zur Gänze in Geld abzudecken.

Die Familienbeihilfe gilt nicht als Einkommen des Kindes (§ 12a FamLAG), sondern des Haushaltes, in dem es betreut wird, und ist daher als Einkommen des zu ihrem Bezug Berechtigten und damit in erster Linie jener Person, die die Beihilfe bezieht und deren Haushalt das Kind angehört, anzusehen. Sie ist aber ausschließlich für den

Unterhaltsberechtigten zu verwenden und dem Bezugsberechtigten nicht als frei verfügbares Einkommen zu überlassen. Kann der die Familienbeihilfe beziehende, Unterhalt begehrende Ehepartner über die von ihm bezogene Familienbeihilfe aber nicht frei verfügen, sondern hat er sie den Kindern zuzuwenden, so kann sie auch nicht den Einkünften im Sinn des § 94 Abs.2 erster Satz ABGB zugezählt werden. Die Familienbeihilfe ist daher auf den Ehegattenunterhalt nicht anzurechnen (RZ 1992/69). Diese Erwägungen führen hier zu keinem unbilligen Ergebnis, weil die Klägerin und die drei Kinder mit den verbleibenden, geringfügigen Geldunterhaltsbeträgen selbst bei Berücksichtigung der Deckung ihres Wohnbedarfes wohl kaum in der Lage sind, ihren tatsächlichen sonstigen Bedarf zu befriedigen und hiezu ohnehin zusätzlich die Familienbeihilfe verwenden müssen.

Die Einkünfte der Klägerin aus der Vermietung von Gästezimmern sind nach den Feststellungen der Vorinstanzen bislang für die Erhaltung des gemeinsamen Hauses verbraucht worden und sind überdies unbedeutend, sodaß sie, selbst wenn sie die Klägerin für sich einbehielte, nur eine geringfügige Aufbesserung ihres unzulänglichen Geldunterhaltsanspruches darstellten. Das Vorbringen im Revisionsrekurs, daß die Mieteinnahmen im Jahr 1995 tatsächlich S 27.155,-- betragen hätten, ist als Neuerung unbeachtlich. Die Richtigkeit dieser Behauptung würde aber nur bedeuten, daß die Klägerin für sich selbst dann etwa gleichviel Bargeld wie der Beklagte im Monatsschnitt zur Verfügung hätte, dem nunmehr etwa S 3.700,-- verbleiben, da er über die Wohnungskosten hinausgehende Naturalleistungen nun nicht mehr zu erbringen braucht.

Gelingt dem Beklagten die Abwehr des Sicherungsantrages, dann ist die Entscheidung über seine Kosten des Provisorialverfahrens nicht vorzubehalten. Er hat vielmehr Anspruch auf Ersatz dieser Kosten gemäß §§ 78, 402 EO, §§ 41, 52 Abs.1 ZPO. Kann er nur einen Teil des

Sicherungsantrages abwehren, dann sind zufolge § 393 Abs.1 EO, welcher einen Zuspruch von Kosten an die Klägerin im Provisorialverfahren nicht ermöglicht, die Vorschriften der ZPO über die Kostenteilung nicht anzuwenden. Der Beklagte hat vielmehr in einem solchen Fall Anspruch auf Ersatz der Kosten in jenem Ausmaß, in dem er im Provisorialverfahren erfolgreich war (ÖBl 1991, 64; 1 Ob 501/93). Er hat daher Anspruch auf Kosten auf der Basis der Differenz zwischen dem Begehren der Klägerin und den durch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zuerkannten vorläufigen Unterhaltsbeiträgen. In erster Instanz beträgt diese Differenz S 6.500,-- pro Monat, in zweiter Instanz - da S 800,-- rechtskräftig vom Erstgericht zuerkannt wurden - S 5.700,-- pro Monat und in dritter Instanz - da S 2.500,-- rechtskräftig abgewiesen wurden - S 4.000,--. Dies ergibt bei Anwendung des § 9 Abs 3 RATG Bemessungsgrundlagen von S 78.000,-- für das Verfahren in erster Instanz, von S 68.400,-- für die Rekursbeantwortung und von S 48.000,-- für den Revisionsrekurs. Ein Streitgenossenzuschlag war nicht zuzuerkennen.