

Entscheidungsanmerkung zu 7 Ob 194/98z

Die E ist bemerkenswert -- sowohl in prozessualer als auch in materieller Hinsicht. Seit der Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1997 endet der Rechtszug in familienrechtlichen Streitigkeiten über den Unterhalt bei einer 260.000 S nicht übersteigenden Bemessung in II. Instanz, wenn die ordentliche Revision nicht ausdrücklich zugelassen wird.

So geschah es auch zunächst im vorliegenden Fall. Die im Provisorialverfahren beschwert gebliebene Antragstellerin konnte binnen 14 Tagen nurmehr den durch § 402 EO iVm § 508 Abs 1 und § 528 Abs 2a ZPO neu geschaffenen, daher höchst ungewissen Weg der Zulassungsbeschwerde¹ beschreiten - mit letztlich doppeltem Erfolg. Das Rekursgericht änderte seinen ursprünglichen Ausspruch ab und ließ den ordentlichen Revisionsrekurs zu, dem der 7. Senat Folge gab. Dem juristischen Weitblick des familienrechtlichen Senates des LG Salzburg, der innerhalb kurzer Zeit über seinen eigenen Schatten sprang,² ist es zu verdanken, daß der verfahrensbeholfenen Antragstellerin vorliegendes Judikat zu Teil wurde.

Neben dieser Entstehungsgeschichte verdient die E aus einem weiteren prozessualen Aspekt Bedeutung. Der 7. Senat sprach dem erst im Revisionsrekursverfahren erhobenen Einwand der in erster Instanz siegreich gebliebenen Antragstellerin Berechtigung zu, die als bescheinigt angenommene Tatsache, die Rückzahlungsraten für die Eigentumswohnung betrügen 12.000 S monatlich, sei aufgrund eines nur mangelhaften Bescheinigungsverfahrens zustandegekommen. Er hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und trug eine Verfahrensergänzung in erster

¹ In Anlehnung an die in § 508 Abs 3 ZPO verwendete Formulierung: „Erachtet das Berufungsgericht den Antrag ... für stichhältig, so hat es seinen Ausspruch ... abzuändern ...“ erscheint die Bezeichnung des Antrages nach § 508 Abs 1 ZPO als „Stichhältigkeitsantrag“ positiver als der uU negativ besetzte Begriff der Zulassungs*beschwerde*. Als weitere Varianten wären etwa „Abänderungsantrag“, „Überdenkensenantrag“ oder „Monitur“ zu erwägen.

² Gesunde juristische Neugier und Mut, aber keineswegs „Zweifelsucht oder Angst“ (vgl. *Petrasch*, Das neue Revisions-[Rekurs-]Recht, ÖJZ 1983, 169, 200, 205) waren wohl die Triebfedern der Rechtsmittelzulassung, wie der Verfasser einem nachträglich geführten, persönlichen Gespräch mit der Berichterstatteerin zu entnehmen glaubt.

Instanz auf. Da in II. Instanz kein Beweisverfahren durchgeführt wurde, rügte die ASt erst im ordentlichen Revisionsrekurs die mangelhafte Ermittlung der monatlichen Kreditraten der Eigentumswohnung. Dieser sekundäre Feststellungsmangel hat sich nämlich erst im Licht der (verfehlten) Rechtsansicht des Rekursgerichtes nachteilig für die ASt ausgewirkt. Die Vorgangsweise des 7. Senats läßt sich durchaus mit der durch die Neufassung des § 468 Abs 2 ZPO geschaffenen Rechtslage in Einklang bringen, wonach idR die zunächst obsiegende Partei in ihrer Rechtsmittelbeantwortung keine Verfahrensfehler erster Instanz rügen muß, sondern dies durchaus in III. Instanz nachholen kann.³

Offen geblieben ist die prozeßrechtliche Frage, ob der OGH an den abgeänderten Zulassungsausspruch der II. Instanz gebunden ist. Gegen eine Bindungswirkung würde die insoweit unveränderte Bestimmung des § 502 ZPO sprechen und wohl das oberstgerichtliche Selbstverständnis, ein Annahmemonopol in eigener Sache zu besitzen. Andererseits würden für eine Bindung an den nach § 508 Abs 3 ZPO abgeänderten Zulassungsausspruch neben der in § 500 Abs 3 letzter Satz ZPO normierten Begründungspflicht mE vor allem die Ziele der WGN 1997 sprechen. Die eindeutige Aufwertung der Gerichte II. Instanz⁴ bis zum neuen Schwellenwert von 260.000 S manifestiert sich ua dadurch, eine Revision bzw. einen Revisionsrekurs nur noch zuzulassen, wenn die zweite Instanz selbst den Zugang zum OGH eröffnet. Dem OGH eine weitere (nunmehr bereits dritte!) Zulässigkeitsprüfung zu ersparen, stellt ein starkes Indiz dafür dar, nach Umwandlung des vormaligen Unzulässigkeits- in einen Zulässigkeitsausspruch, die höchstrichterliche Entscheidung gewissermaßen zu erzwingen. Im verfassungrechtlichen Licht eines *effektiven* Rechtsschutzes (VfSlg 11.196 zur Aufhebung des § 254 BAO) scheint dies mE geboten. Die vom Gesetzgeber

³ Eingehend dazu *Puschner*, Die Geltendmachung von Verfahrensmängeln im Licht der Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1997, ÖJZ 1998, 411.

angestrebte Entlastung des Höchstgerichtes ist in den Fällen der Umkehrung des Unzulässigkeitsausspruches kein „sachlich gebotener, triftiger Grund“. Eine solcherart gezogene Konsequenz aus der jüngsten Rechtsmittelreform würde einen maßhaltenden Umgang mit § 508 Abs 3 ZPO erfordern.⁵ Dafür bietet der vorliegende Fall ein hervorragendes Beispiel, womit bereits die materielle Seite der Entscheidung angesprochen ist.

In den bisher an den OGH zu § 94 ABGB herangetragenen Fällen einer Anrechnung der Schuldtilgung für Wohnungskreditverbindlichkeiten als Teil des dem unterhaltsberechtigten Ehegatten gewährten Naturalunterhaltes haben die in Scheidung befindlichen Eheleute -- soweit ersichtlich -- stets in getrennten Wohnungen gelebt (EvBl 1993/161; 7 Ob 550/95; 1 Ob 501/93).⁶ Folgende Grundsätze haben sich dabei herausgebildet:

- Eine Berücksichtigung von Schulden ist nach billigem Ermessen vorzunehmen.
- Die Tilgungsraten sind nicht vom Unterhaltsbeitrag, sondern zur Gänze von der Bemessungsgrundlage abzuziehen, wenn der Unterhaltspflichtige in der Ehewohnung verbleibt
- Die Rückzahlungsraten sind vom Unterhaltsbeitrag abzuziehen und mit der Hälfte als Naturalunterhalt zu berücksichtigen, wenn der Unterhaltsberechtigte in der Ehewohnung verbleibt.

⁴ Mehrfach beschworen von *Danzl*, Der Weg zum OGH nach der WGN 1997, ÖJZ Sonderheft 1998, 2, 34.

⁵ Mit *Danzl*, ÖJZ Sonderheft 1998, 34, zweifelt der Verfasser nicht am verantwortungsvollen Umgang der Richterschaft mit dem neu geschaffenen Instrumentarium; nach der E v 8.10.1998 LG Salzburg, 22 R 183/98k: „... ist eine strenge Prüfung von Anträgen nach § 508 ZPO dann geboten, wenn der Einzelfall im Vordergrund steht. Der Antrag nach § 508 Abs 1 ZPO soll es einer Partei auch nicht ermöglichen, in der Berufung nicht ausgeführte Argumente gleichsam nachzutragen“.

⁶ Der 7. Senat zitiert wohl irrtümlich die E vom 18.10.1995, 7 Ob 613/95, nach deren Sachverhalt die Streitparteien ungeachtet des anhängigen Scheidungsverfahrens nach wie vor im gemeinsamen Haushalt in einem ihnen je zur Hälfte gehörenden Haus leben. Da aber nach den dortigen Sachverhaltsfeststellungen überhaupt keine Wohnungskreditverbindlichkeiten bestehen somit auch nicht bezahlt werden (müssen), wird in der E auf deren Anrechenbarkeit begrifflicherweise nicht eingegangen.

Mit der vorliegenden Entscheidung wird eine Lücke im oben skizzierten Unterhaltsrecht geschlossen, und zwar inwieweit Wohnungsverbindlichkeiten des Unterhaltspflichtigen dessen Unterhaltsschuld schmälern können, wenn die unterhaltsberechtignte Ehefrau und ihr (Noch-)Ehemann unter einem gemeinsamen Dach wohnen. Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt also darin, daß die Streitparteien trotz des am 31.12.1996 (!) eingeleiteten Unterhalts*provisorial*verfahrens nach wie vor gemeinsam in der Ehwohnung logieren. Diese Besonderheit erhebt der 7. Senat zur allgemeinen Regel. Die offenbar in der Praxis weit überwiegenden Fälle des Auszugs des Unterhaltsverpflichteten aus der Ehwohnung werden als „Ausnahmesituationen“ dargestellt. Daraus zieht der 7. Senat den -- im Revisionsrekurs relevierten -- Schluß, daß grundsätzlich „die Antragstellerin sich nicht die Hälfte, sondern einen den Umständen des Einzelfalles entsprechenden Anteil an den Rückzahlungsraten für die Finanzierung der Eigentumswohnung“ anrechnen lassen muß. Auszugehen ist von der Überlegung, daß der Antragsgegner seinen Wohnbedarf nach wie vor in der von ihm allein finanzierten Eigentumswohnung befriedigt. Sein hauptsächliches Interesse besteht darin, das eigene Wohnbedürfnis zu decken. Da die Kinder bei der geschilderten Anrechnungsproblematik im Rahmen des Ehegattenunterhalts wegen § 97 ABGB unberücksichtigt zu bleiben haben,⁷ gelangt der 7. Senat unter Anwendung des Prinzips, daß der Unterhaltsberechtignte nicht unter die Grenze des eigenen notwendigen Unterhalts hinaus belastet werden darf, dazu, die monatlichen Rückzahlungsraten nicht mit der Hälfte, sondern „angemessen“, d.h. zumindest mit einem geringeren Prozentsatz, zu berücksichtigen. Die Angemessenheitsprüfung wird aber -- entgegen der eingangs dargestellten, überzeugenden Prämisse -- nicht nach dem Verhältnis der zur Befriedigung des Wohnbedarfs notwendigen (oder tatsächlich in Anspruch

⁷ Dagegen kritisch *Gruber*, Aufwendungen für die Familienwohnung - kein Unterhalt an die Kinder? In *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht, 713, 723 ff.

genommenen) Wohnungsbenützung angestellt, sondern durch einen Vergleich zwischen den nach wie vor frei verfügbar bleibenden Mitteln des Unterhaltspflichtigen einerseits und jenen der Unterhaltsberechtigten andererseits vorgenommen. Aber auch diesen Gedanken verfolgt der 7. Senat nicht mit letzter Konsequenz: ohne auch nur auszusprechen, wie hoch das Mehr an frei verfügbaren Mitteln des Antragsgegners ist, hält der 7. Senat die von der ASt begehrte⁸ 25%ige Berücksichtigung für angemessen - frei nach dem Motto: die Unterhaltsberechtigte wird selbst am besten wissen, wieviel sie braucht.

Dem kann mE nicht gefolgt werden, da es hier um ein völlig anderes Problem geht: Bewohnt nämlich der Unterhaltspflichtige seine Eigentumswohnung, dann erspart er sich Wohnaufwand für ein Ausweichquartier. Daneben betreibt er Vermögensbildung. Letzterem wird von der stRsp im Wege über § 97 ABGB und die Aufteilung gem. §§ 81 ff EheG Rechnung getragen, indem sich die in der Ehwohnung verbliebene Unterhaltsberechtigte 50 % der Tilgungsraten als Naturalunterhalt anrechnen lassen muß (EvBl 1993/161). Als entscheidend nicht nur für den Grund, sondern mE auch für das Ausmaß der Anrechnung stellt sich daher der erstere Umstand heraus. Mit dem 7. Senat ist nämlich davon auszugehen, daß nach § 94 Abs 2 ABGB der Ehepartner durch die Trennung weder besser noch schlechter gestellt werden soll als bei Fortdauer der ehelichen Lebensgemeinschaft (7 Ob 624/94). Gerade die Kosten zur Deckung des (eigenen) Wohnbedarfs sind variabel und von den individuellen Bedürfnissen des Unterhaltsberechtigten *und* wie hier des Unterhaltspflichtigen abhängig. Sie können konkret ganz erheblich differieren, zB wenn der Unterhaltspflichtige großzügig für sein häusliches Arbeitszimmer, seinen Hobbyraum im Keller, seinen Tiefgaragenparkplatz udgl vorgesorgt hat, die Unterhaltsberechtigte hingegen auf die gemeinschaftlich

⁸ Im Revisionsrekurs wurde die Angemessenheit der Hälfte der vom Rekursgericht vorgenommenen Anrechnungsquote ausschließlich damit begründet, daß mangels anderer (hervorgekommener) Umstände

genutzen Räume wie zB Küche, Wohnzimmer, Schlafzimmer beschränkt hat. Stellt man also darauf ab, wieviel sich der Unterhaltsverpflichtete ganz konkret durch sein Verbleiben im ehelichen Haushalt erspart (hat), wird der Aufteilungsschlüssel für die Anrechnung der Tilgungsraten objektivierbar. Im Sinne einer besseren Vorhersehbarkeit wäre dies zu begrüßen. Kredittilgungen sind nämlich zwar nach billigem Ermessen zu berücksichtigen (RZ 1990/70 uva), allerdings ist dabei ein objektiver Maßstab anzulegen (1 Ob 501/93 ua). Es kommt also auf die faktische Aufteilung des Wohnraumes zwischen den Eheleuten an, die auch eine andere Aufteilung der übrigen Wohnungskosten (Strom, Gas, Wasser etc) bedingt. Im Zweifel ist bei Wohnungskrediten eine Aufteilung nach Köpfen, also stets eine 25 % Anrechnung der Tilgungsraten auf die Unterhaltsbeiträge vorzunehmen. Ein Vergleich der frei verbleibenden Mittel erscheint mE zu subjektiv und allzu leicht manipulierbar. Jede Billigkeitsentscheidung -- und um nichts anderes handelt es sich vorliegend -- muß am Einzelfall orientiert sein. Sie schöpft ihre Begründung aus den besonderen tatsächlichen Umständen der zu lösenden Causa. Vor einer unkritischen Übernahme sei deshalb angesichts der obigen Ausführungen gewarnt.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, daß im zurückverwiesenen Provisorialverfahren zwischen den Streitteilen eine vergleichsweise Regelung getroffen werden konnte.

Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. (am Verfahren beteiligt)