

AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN IM FAMILIENRECHT 01/2022

7Ob81/21v (§ 58 EO gilt auch bei GewaltschutzEV. Die Äußerung muss innerhalb der gesetzten Frist erfolgen. Eine Frist zur Äußerung binnen drei Tagen ist nicht zu beanstanden):

Wenn der Verhandlung oder Einvernahme ein Antrag einer Partei oder ein von Amts wegen in Aussicht genommenes Vorgehen des Gerichts zugrunde liegt, so sind nach § 56 Abs 2 EO, falls das Gesetz nichts anderes bestimmt, diejenigen Personen, die trotz gehöriger Ladung nicht erscheinen, als diesem Antrag oder diesem Vorgehen zustimmend zu behandeln; der wesentliche Inhalt des Antrags oder des von Amts wegen in Aussicht genommenen Vorgehens und die mit dem Nichterscheinen verbundenen Rechtsfolgen sind in der Ladung anzugeben. Diese Bestimmungen gelten nach § 56 Abs 3 EO auch für die Versäumung von Fristen, die für schriftliche Erklärungen oder Äußerungen der Parteien oder sonstigen Beteiligten gegeben werden.

Die mit der Versäumung der Tagsatzung bzw Einvernahme oder der Frist zur Stellungnahme eingetretene Fiktion der Zustimmung kann nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Ansicht durch eine verspätet, sei es nach Beendigung der Tagsatzung oder Einvernahme, sei es nach Ablauf der für die schriftliche Stellungnahme gesetzten Frist, abgegebene Äußerung nicht mehr rückgängig gemacht werden. Die mit dem fruchtlosen Ablauf der Äußerungsfrist eingetretenen Säumnisfolgen werden durch eine verspätete Stellungnahme nicht aufgehoben; andernfalls hätte die Erteilung einer Frist keine Bedeutung und würde es von der früheren oder späteren Erledigung des Antrags abhängen, ob auf Einwendungen des Gegners einzugehen ist (vgl [RS0002096](#); *Jakusch in Angst/Oberhammer*, EO3 § 56 [2015] Rz 6; *Rassi in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 56 [2019] Rz 15, jeweils mwN). Das gilt auch dann, wenn – wie hier – die Äußerung noch vor der Erlassung der einstweiligen Verfügung bei Gericht eingelangt ist ([4 Ob 27/15x](#) mwN).

Die Besonderheit des § 56 Abs 2 und 3 EO liegt darin, dass diese Bestimmung als Säumnisfolge ausdrücklich eine Zustimmungsfiktion vorsieht, der Antragsgegner nach dem Gesetzeswortlaut also im Säumnisfall als dem zu entscheidenden Antrag zustimmend zu behandeln ist (*Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I2 § 17 [2019] Rz 3 mwN).

Der vom Rekursgericht zum Vergleich herangezogene – hier nicht anwendbare – § 17 AußStrG normiert hingegen als Säumnisfolge keine Zustimmungs- oder Anerkenntnisfiktion zu Lasten des Antragsgegners und zu Gunsten des von der antragstellenden Partei erhobenen Begehrens oder der vom Gericht in Aussicht genommenen Entscheidung; Rechtsfolge der Säumnis ist dort vielmehr (nur) ein Einwendungsausschluss auf Tatsachenebene ([7 Ob 103/06g](#); *Höllwerth aaO* Rz 82 mwN; *Schneider in Schneider/Verweijen*, AußStrG § 17 [2018] Rz 36). Daraus folgt aber die Möglichkeit, ohne Beeinträchtigung des dem § 17 AußStrG innewohnenden Normzwecks der Verfahrensbeschleunigung auf eine Äußerung der dazu aufgeforderten

Partei auch dann noch Bedacht zu nehmen, wenn jene – wenngleich erst nach Fristablauf – noch vor der Entscheidung bei Gericht einlangt bzw zumindest dem Entscheidungsorgan vorliegt (vgl Höllwerth aaO Rz 78 mwN; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, AußStrG3 [2021] § 17 Rz 6). Der vom Rekursgericht angenommene Wertungswiderspruch zwischen § 56 EO und § 17 AußStrG liegt daher nicht vor; die unterschiedlichen Rechtsfolgen sind in der sich voneinander unterscheidenden positiven Rechtslage begründet.

Die Anwendung der Grundsätze des § 17 AußStrG auf das Sicherungsverfahren nach §§ 382e, 382g EO durch das Rekursgericht erweist sich damit als verfehlt.

Die dem Antragsgegner vom Erstgericht eingeräumte Äußerungsfrist endete hier mit 27. 10. 2020; die Stellungnahme wurde erst am 28. 10. 2020 und damit verspätet erstattet.

Die Einwände des Antragsgegners in seinem Rekurs gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sind nicht stichhaltig. Eine Frist zur Äußerung binnen drei Tagen ist – zumal im hier vorliegenden Verfahren zur Erlassung einer Gewaltschutz-EV“ – nicht zu beanstanden; eine Verletzung rechtlichen Gehörs liegt darin nicht begründet. Abgesehen davon, dass eine Anhörung in einer Fallkonstellation wie hier nicht zwingend geboten gewesen wäre (vgl *G. Kodek* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 390 [2020] Rz 18b), waren die im Rekurs angeführten Gründe für die Verspätung der Stellungnahme (wie Berufstätigkeit des Antragsgegners und Personalprobleme seines Vertreters am Nachmittag des 27. 10. 2020) nicht geeignet, Mängel des erstgerichtlichen Verfahrens aufzuzeigen. Warum die „Beischaffung von Beweisen“ – die sich in zwei jeweils einseitigen Telefontranskripten und einem mit 27. 10. 2020 datierten Schreiben der Tochter der Streitteile erschöpften – und deren rechtzeitige Vorlage nicht fristgerecht möglich gewesen sein sollte, wird im Rekurs ebenfalls nicht konkret ausgeführt.

Da somit die Zustimmungsfiktion des § 56 Abs 2 und 3 EO zum Tragen kommt, war die vom Erstgericht zu Recht erlassene einstweilige Verfügung wiederherzustellen.

Zur Entscheidung

1Ob99/21x (jahrelange Gesprächsverweigerung gegen späteren Ehebruch: gleichteiliges Verschulden):

Die Frau hat über etliche Jahre hinweg auf Versuche des Mannes, klärende Gespräche darüber zu führen, was ihn störte, grundsätzlich mit „dies in Abrede stellenden Entgegnungen“ reagiert und auch seine Vorhalte, dass ihn dies störe, pauschal negiert. Sie ging auf solche Gespräche nicht ein und zeigte kein Interesse an einem partnerschaftlichen Gespräch. Ohne Kompromissbereitschaft und ohne Bemühen um eine Änderung ihres Verhaltens setzte sie dieses unverändert fort. Daran konnten auch mehrmalige Versuche des Mannes, seiner Frau verständlich zu machen, dass ihr Verhalten von ihm als überheblich und ihn herabwürdigend empfunden wurde, nichts ändern. Der Mann resignierte schließlich (nach Jahren) und wandte sich immer mehr von seiner Frau ab; in letzter Zeit äußerte er häufiger Kritik, reagierte „genervt“ und ging etwa sieben Monate, bevor er der Frau gegenüber seinen Scheidungswunsch äußerte, eine außereheliche Beziehung ein.

Die Ansicht der Frau, ihr Verhalten – sofern es überhaupt „verschuldensbegründend“ sei – betreffe „nur Geringfügigkeiten“, in den letzten Jahren der Ehe sei es nicht mehr zu einer „entsprechenden Beanstandung“ gekommen und habe „nach außen hin“ eine „harmonische Lebensgemeinschaft“ bestanden,

weswegen im Ausspruch des gleichzeitigen Verschuldens eine auch im Einzelfall korrekturbedürftige Fehlentscheidung liege, ist daher nicht zu teilen. Angesichts des Gesamtverhaltens beider Eheleute begegnet die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Frau habe durch die Verletzung ihrer Pflicht zur anständigen Begegnung die Resignation des Mannes und seinen emotionalen Rückzug verursacht, es trete ein gradueller Unterschied der beiderseitigen Verschuldensanteile hier nicht evident hervor, keinen Bedenken. Auch ein Ehebruch muss nicht immer zum überwiegenden Verschulden führen.

Zur Entscheidung

8Ob120/20k (Auskunftspflicht der Banken bei Kleinstbetragssparbücher, keine vorsorgliche Sperre):

Vermögenswerte sind jeweils unter Angabe der Kontonummer, des Tags der Eröffnung und der Auflösung sowie des Einlagestands einschließlich der Kontobewegungen (von der Eröffnung bis zur Zustellung dieses Beschlusses) bekanntzugeben, zu denen sich die betroffene Person bei ihr identifiziert hat. Nicht in Betracht kommt zudem eine vorsorgliche Sperre von Vermögenswerten, die nicht eindeutig dem Betroffenen zugeordnet werden können, weil im Rahmen der Vermögenssicherung grundsätzlich nicht in Rechte Dritter eingegriffen werden darf.

Zur Entscheidung

3Ob67/21f (Überforderung einer jungen Mutter im Lockdown: Betreuungs- und Unterstützungsmöglichkeiten sind genau zu prüfen)

Der vorliegende Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass es der Mutter trotz ihrer Jugend bis zum Frühjahr 2020 und damit etwas mehr als zwei Jahre lang gelungen ist, ihr Kind gut zu versorgen, zu pflegen und zu fördern, und dass ihre – letztlich die Kindesmaßnahme auslösende – Erklärung gegenüber dem Kinder- und Jugendhilfeträger, mit der Betreuung des Kindes überfordert zu sein und sich „innerlich leer“ zu fühlen, während des ersten „Lockdowns“ im Frühjahr 2020 erfolgte. Dass die damals 17 Jahre alte Mutter durch die wegen der geschlossenen Kindergärten erforderliche ganztägige Betreuung ihrer zwei Jahre alten Tochter parallel zum eigenen „Homeschooling“ überfordert war und die von der Urgroßmutter geleistete Unterstützung in dieser Ausnahmesituation nicht mehr ausreichte, ist alles andere als verwunderlich und lässt für sich allein noch nicht den Schluss zu, die Obsorgeentziehung sei auf Dauer die einzige Möglichkeit, eine Kindeswohlgefährdung hintanzuhalten. Die vom Erstgericht übernommene Argumentation des Kinder- und Jugendhilfeträgers, die von der Mutter damals gewünschte Unterstützung in Form einer Tagesmutter sei nicht zielführend gewesen, weil sie eine noch weitergehende Fremdbetreuung des Kindes zur Folge gehabt hätte, ist insofern nicht nachvollziehbar, als damals ja gerade keine Betreuung des Kindes im Kindergarten möglich war.

Zur Entscheidung

1Ob96/20d (Für eine Wohnung, die nicht in die Aufteilungsmasse fällt, gebührt keine Ausgleichszahlung)

Zur Entscheidung

6Ob49/21f (EV gegen Miteigentümer berechtigt noch nicht zu Benützungsentgelt)

Zur Entscheidung

4Ob26/21h (Übersiedlung in das Ausland führt nur bei berücksichtigungswürdigen Gründen zu Unterhaltsreduktion):

An die Mobilität eines Unterhaltspflichtigen werden im Sinne des Anspannungsgrundsatzes strenge Anforderungen gestellt: So wurde in der Entscheidung [4 Ob 91/10a](#) bei einem im Ausland lebenden Unterhaltspflichtigen (wenn dort eine adäquate Erwerbsmöglichkeit fehlt, in Österreich aber eine solche bestünde) eine Pflicht zur Rückkehr ins Inland, allenfalls zum Pendeln, angenommen, wenn dem keine berücksichtigungswürdigen Umstände entgegenstehen (ähnlich bereits [6 Ob 311/05m](#) = [RS0047599](#) [T5]; [4 Ob 1/18b](#)).

Nur wenn der Unterhaltsschuldner aus berücksichtigungswürdigen Gründen – und nicht zur Umgehung seiner Unterhaltspflichten – Wohnsitz und Arbeitsplatz ins Ausland verlegt, kann er nicht auf ein im Inland erzielbares Einkommen angespannt werden ([RS0119326](#); [RS0047599](#)). Dabei ist nicht maßgeblich, ob sich die zu beurteilende Entscheidung des Unterhaltspflichtigen (ins Ausland zu ziehen) in rückschauender Betrachtung als bestmöglich erweist, vielmehr ist allein bedeutsam, ob sie nach den jeweils gegebenen konkreten Umständen im Entscheidungszeitpunkt als vertretbar anzuerkennen ist ([RS0047495](#) [T12]).

Ein Spannungsverhältnis zwischen dem Rechtssatz [RS0047599](#), wonach dann, wenn dem Unterhaltspflichtigen die Begründung eines Wohnsitzes im Ausland nicht im Sinne einer Umgehung der Unterhaltspflicht vorwerfbar ist, bei Anwendung des Anspannungsgrundsatzes von den ausländischen Arbeitsmarktverhältnissen auszugehen ist, und den oben genannten Entscheidungen ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist – ausgehend von diesem Grundsatz – jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob die Übersiedlung ins Ausland vorwerfbar ist oder ob berücksichtigungswürdige Gründe vorliegen.

Im konkreten Fall hat das Rekursgericht das Vorliegen von berücksichtigungswürdigen Gründen verneint und dabei den ihm in dieser Frage eingeräumten Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn es bei der gebotenen Interessenabwägung zwischen den Interessen des Antragstellers und den Unterhaltsansprüchen des Kindes davon ausgegangen ist, dass der Vater des Antragstellers, bei dem dieser lebt, nicht pflegebedürftig ist, der Minderjährige sowie fast alle anderen Familienangehörigen des Antragstellers in Österreich leben, er selbst österreichischer Staatsbürger ist und 30 Jahre lang hier lebte und in das Arbeitsleben integriert war, über eine Berufsausbildung verfügt und die Arbeits- und Verdienstmöglichkeiten für den Antragsteller in Österreich offenbar weitaus besser sind als in der Türkei, während dem gegenüber bloß der Wunsch des Antragstellers steht, bei seinem Vater in der Türkei zu leben, den das Rekursgericht allein als nicht ausreichend ansah, um in der Güterabwägung die Unterhaltsansprüche des Kindes zu mindern.

Zur Entscheidung

6Ob131/21i (häusliche Gemeinschaft iSd § 55 EheG: es kommt darauf an, ob zwischen den Ehegatten alle wesentlichen Gemeinschaftskontakte abgebrochen sind, die persönliche Berührung daher weitestgehend ausgeschaltet ist):

Unter häuslicher Gemeinschaft nach § 55 EheG ist nach ständiger Rechtsprechung die Geschlechtsgemeinschaft, Wohnungsgemeinschaft und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen. Erst wenn alle drei Voraussetzungen weggefallen sind, kann von einer Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft gesprochen werden ([RS0057116](#); [8 Ob 61/18f](#)). Die häusliche Gemeinschaft setzt eine Beziehung der Ehegatten voraus, die als Gemeinschaft anzusehen ist ([RS0056987](#) [T1]), sodass die häusliche Gemeinschaft im Sinn des § 55 EheG trotz gelegentlichen Besuchen, Gesprächen über gemeinsam zu regelnde Angelegenheiten, Unterstützung in abgegrenzten Teilbereichen und wirtschaftlichen Kontakten der Eheleute sowie trotz fallweisem Geschlechtsverkehr aufgehoben sein kann ([8 Ob 61/18f](#); [5 Ob 237/07z](#); [RS0057167](#); [RS0057036](#) [T1, T2]). Soweit in der Literatur das lokale Element der Wohnungsgemeinschaft betont wird (vgl. *Nademleinsky/ Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB5 § 55 EheG Rz 7; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 55 EheG), hat der Oberste Gerichtshof bereits klargestellt, dass es darauf ankommt, ob zwischen den Ehegatten alle wesentlichen Gemeinschaftskontakte abgebrochen sind, die persönliche Berührung daher weitestgehend ausgeschaltet ist ([10 Ob 103/98i](#); vgl. auch [RS0057036](#)). Das Berufungsgericht verneinte eine – sechs Jahre andauernde – Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zwischen den Ehepartnern, weil diese nach dem Auszug des Klägers aus der gemeinsamen Ehwohnung im Jahr 2008 noch bis Juni 2018 und unabhängig von sexuellen Beziehungen zu Dritten regelmäßig (über weite Zeitperioden wöchentlich) Geschlechtsverkehr hatten, gemeinsame Freizeitaktivitäten setzten und Gespräche führten, weil die zwischen ihnen bestehende Wirtschaftsgemeinschaft nicht aufgelöst war (die Beklagte wohnt in einer vom Kläger angemieteten Wohnung, dieser in einem Gartenhaus auf der Liegenschaft der Beklagten, zu dessen Umbau sie einen gemeinsamen Kredit aufnahmen) und weil bis zum Scheidungswunsch des Klägers im Jahr 2018 eine innige seelische und psychische Verbundenheit zwischen ihnen bestanden hatte.

Zur Entscheidung

6Ob109/21d (Firmen-Pkw fällt als Sachbezug in die Unterhaltsbemessungsgrundlage):

Zum Einkommen im unterhaltsrechtlichen Sinn zählen auch Naturalbezüge mit Einkommensersatzfunktion, wie etwa die Nutzung des Firmenwagens für Privatzwecke (*Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht9 16 mwN; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht4 Rz 192, 193 mwN; [RS0109238](#)). Dabei sind nicht in jedem einzelnen Fall weitwendige Ermittlungen anzustellen, um den Umfang der tatsächlichen privaten Nutzung eines solchen PKWs abzuklären; vielmehr ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der vom Dienstgeber bisher unbeanstandet verrechnete Wert des Sachbezugs den Gegebenheiten entspricht und einen realen Einkommensbestandteil bildet ([1 Ob 143/02i](#); [7 Ob 179/11s](#)).

Es kann solange von der lohnsteuerrechtlichen Bewertung ausgegangen werden, als es keine Hinweise gibt, dass diese nicht den realen Gegebenheiten entsprechen ([1 Ob 56/08d](#) hinsichtlich Firmenfahrzeug; [10 ObS 429/02i](#) – Anrechnung von verschiedenen Ausgedingsleistungen, darunter eine Wohnung).

Im vorliegenden Fall liegen keine Hinweise darauf vor, dass die von den Vorinstanzen angenommenen Werte nicht richtig sein sollten. Eine gewisse private Nutzung des Firmenfahrzeugs wird vom Vater im Übrigen auch nicht in Abrede gestellt.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrmals – dies im Zusammenhang mit dem Unterhaltspflichtigen vom Dienstgeber zur Verfügung gestellten Dienstwohnungen – berücksichtigt, dass der Unterhaltspflichtige unter Umständen keinen Einfluss darauf hat, welche Dienstwohnung ihm sein Dienstgeber zur Verfügung stellt. Er hat dabei in der Entscheidung [10 Ob 4/07x](#) die Auffassung vertreten, dass in einem solchen Fall als Wert der verbilligten Wohnmöglichkeit (des Sachbezugs) die Differenz zwischen dem Mietzins, den der Unterhaltspflichtige auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine seinem Lebensstandard entsprechende angemessene kleinere Wohnung zahlen müsste, und dem für die Dienstwohnung zu zahlenden Entgelt heranzuziehen sei. In der erst jüngst ergangenen Entscheidung [3 Ob 109/20f](#) wurde (lediglich) auf den fiktiven Mietzins abgestellt, den der Unterhaltspflichtige auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine seinem Lebensstandard entsprechende angemessene kleinere Wohnung zahlen müsste.

Anmerkung: Diese Überlegungen gelten wohl auch für Elektroautos. Sie unterliegen zwar keiner Versteuerung als Sachbezug, sind aber trotzdem zu bewerten. Denkbar wäre eine Orientierung an der (früheren, dh ohne Lenkungsmaßnahmen zur Vermeidung von Emissionen) steuerrechtlichen Bewertung von in Größe und Ausstattung vergleichbaren herkömmlichen Kraftfahrzeugen lt Sachbezugswerteverordnung, dh 1,5% der tatsächlichen Anschaffungskosten des Kraftfahrzeuges monatlich.

[Zur Entscheidung](#)

5Ob97/21g (Bei Obsorgeentziehung haben der andere Elternteil, die Großeltern und Pflegeeltern Parteistellung. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, die Zustellung der Rechtsmittelentscheidung reicht nicht. Es bedarf konkreter Feststellungen, die eine Prognose der Auswirkungen einer – allenfalls gegen deren Willen erfolgenden – Fremdunterbringung auf die Kinder ermöglicht):

Der Entzug des rechtlichen Gehörs zwingt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist im Außerstreitverfahren zwar nur dann von Amts wegen wahrzunehmen, wenn sie Einfluss auf die Richtigkeit der Entscheidung haben konnte ([RS0119971](#) [T7]). Gemäß § 58 Abs 1 AußStrG ist vor der Entscheidung auf Aufhebung und Zurückverweisung der Außerstreitsache an eine der Vorinstanzen also grundsätzlich zu überprüfen, ob nicht eine Bestätigung selbst aufgrund der Angaben im Rechtsmittelverfahren oder eine Abänderung ohne weitere Erhebungen möglich ist. Hier waren aber die Großeltern zu einem Vorbringen gar nicht in der Lage, so dass die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs im Revisionsrekursverfahren zur Aufhebung führen muss ([5 Ob 41/20w](#) mwN). Eine Sanierung durch Zustellung lediglich des rekursgerichtlichen Beschlusses im Sinn eines Vorrangs der

Sacherledigung (vgl [RS0123128](#)) kommt hier nicht in Betracht, weil die Gehörverletzung mit der Notwendigkeit einer Verfahrensergänzung einhergeht ([1 Ob 189/18b](#); [5 Ob 41/20w](#)). Die – eines entsprechenden Tatsachensubstrats entbehrende – Rechtsausführung des Erstgerichts, nahe Bezugspersonen und weitere andere geeignete Personen kämen zur Übernahme der Obsorge nicht in Betracht, reicht nicht aus. Konsequenz der in § 178 ABGB normierten materiellen Rechtsposition der Eltern, Großeltern und Pflegeeltern ist deren Parteistellung im Verfahren. Soll die Obsorge daher dem bisher allein obsorgeberechtigten Elternteil entzogen und einer anderen Person übertragen werden, hat der andere Elternteil jedenfalls Parteistellung. Stellt sich heraus, dass beide Elternteile nicht imstande sind, die Obsorge zum Wohl des Kindes auszuüben, also eine dritte Person (dann aber vorrangig die Großeltern) damit betraut werden muss, kommt den Großeltern Parteistellung zu ([1 Ob 189/18b](#); [5 Ob 143/19v](#); [5 Ob 41/20w](#); G. Kodek in *Gitschthaler/Höllwerth AußStrG2* § 2 Rz 108). Das materielle Recht schützt die Stellung letzterer also dann, wenn nicht der andere Elternteil betraut wird oder auch dieser verhindert ist ([5 Ob 143/19v](#) mwN; [5 Ob 41/20w](#)).

Auch die mit einer (allfälligen) Fremdunterbringung verbundenen Nachteile für die Minderjährigen sind zu prüfen. Ohne Zweifel greift nämlich eine Obsorgeübertragung an den Kinder- und Jugendhilfeträger und die damit verbundene Fremdunterbringung der Kinder in einem Krisenzentrum oder Heim massiv in deren Leben ein, sodass nicht auszuschließen ist, dass die damit verbundenen gravierenden Auswirkungen auf die Lebenssituation der beiden schon Jugendlichen (selbst im Licht der jüngsten Entwicklungen) mehr schaden als nützen könnten (vgl [4 Ob 110/20k](#)).

Zur Entscheidung

4Ob56/21w (Beim bloßen Besitz von Kinderpornographie handelt es sich nicht um eine fortgesetzte Eheverfehlung, die für die Dauer des Besitzes als Einheit zu betrachten wäre. Die Eheverfehlung kann daher verfristen):

Der hier als Scheidungsgrund geltend gemachte Sachverhalt liegt im Besitz von kinderpornographischem Material, und zwar unabhängig von dessen Dauer. Der Umstand, dass es sich bei § 207a Abs 3 StGB hinsichtlich des Besitzes von pornographischen Darstellungen um ein strafrechtliches Dauerdelikt handelt, lässt nicht – wie die Revisionswerberin vermeint – den Schluss zu, dass es sich dabei „automatisch“ um eine fortgesetzte Eheverfehlung handelt, die als Einheit aufzufassen ist und bis zum Ende des strafbaren Verhaltens andauert: Die strafrechtliche Qualifikation solchen Verhaltens als Dauerdelikt drückt vielmehr aus, dass (anders als bei Erfolgs- oder Gefährdungsdelikten) nicht die Herbeiführung eines Erfolgs bzw ein einmaliges Verhalten strafbar sein soll, sondern das Unrecht in der Aufrechterhaltung dieses Zustands liegt. Für die eherechtliche Beurteilung einer Eheverfehlung als fortgesetzt kann aber nicht alleine auf die strafrechtlich relevante zeitliche Komponente abgestellt werden.

Die Revisionswerberin vermeint in diesem Zusammenhang, das Verhalten des Beklagten sei geradezu charakteristisch für ein fortgesetztes ehewidriges Verhalten und führt vergleichend die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu [7 Ob 111/11s](#) (sukzessives Auflösen der ehelichen Gemeinschaft) sowie durchgehendes jähzorniges Verhalten an. Die angeführten Beispiele können aber bereits deshalb nicht mit

dem hier relevanten Verhalten verglichen werden, weil in diesen beiden Fällen – anders als beim hier vorliegenden bloßen Besitz von Kinderpornographie – stets neue Handlungen gesetzt werden, die entweder einzeln geltend gemacht werden können oder in ihrer Gesamtheit so schwer wiegen, dass sie als schwere Eheverfehlung iSd § 49 EheG anzusehen sind.

Zusammenfassend handelt es sich daher beim bloßen Besitz von Kinderpornographie nicht um eine fortgesetzte Eheverfehlung, die für die Dauer des Besitzes als Einheit zu betrachten wäre. Dieses Ergebnis entspricht auch der ratio des § 57.

Zur Entscheidung

1Ob123/21a (Trennungsgrundsatz nicht verletzt wenn tiefgreifende persönliche Differenzen eine friktionsfreie Ausübung eines Fruchtgenussrechtes nicht zulassen. Keine Erlassung der Ausgleichszahlung um einen Verlust der Wohnung zu vermeiden):

Warum es gegen den „Trennungsgrundsatz“ verstoßen sollte, dass der Frau für das Behalten der früheren Ehewohnung eine Ausgleichszahlung auferlegt und gleichzeitig dem Mann ein ihm (von der Frau) eingeräumtes Fruchtgenussrecht an deren Keller sowie der Garage, die gesondert betretbar sind, belassen wurde, führt die Revisionsrekurswerberin nicht näher aus. Nach diesem „Grundsatz“ sollen die vermögensrechtlichen Bindungen der früheren Ehegatten nach Möglichkeit aufgehoben werden (§ 84 EheG; vgl auch [RS0057552](#)). Aufgrund des dem Mann verbliebenen Fruchtgenussrechts mögen sich zwar künftige Kontakte mit der Frau ergeben, die potenziellen Berührungspunkte sind aber nicht derart konfliktträchtig, dass die bekämpfte Aufteilungsentscheidung deshalb unbillig wäre. Dass zwischen den geschiedenen Ehepartnern derart tiefgreifende persönliche Differenzen (vgl [RS0057569](#); [1 Ob 67/21s](#)) bestünden, die eine friktionsfreie Ausübung des Fruchtgenussrechts durch den Mann nicht zuließen, behauptet die Rechtsmittelwerberin nicht.

Dass die Antragsgegnerin ihre Wohnung verkaufen müsste, um die Ausgleichszahlung leisten zu können, macht die Entscheidungen der Vorinstanzen nicht per se unbillig. Der Billigkeitsgrundsatz bietet keine Grundlage dafür, jenem Ehegatten, dem die Wohnung zugewiesen wird, die zur Herstellung gleichwertiger Verhältnisse gebotene Ausgleichszahlung zu erlassen, um einen Verlust (Verkauf) der Wohnung zu vermeiden ([1 Ob 240/17a](#) mwN).

Zur Entscheidung