

# TE OGH 2005/11/3 6Ob148/05s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.11.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj Dora C\*\*\*\*\*, in Obsorge der Mutter Dr. Pia Z\*\*\*\*\*, vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger Amt für Jugend und Familie - Rechtsfürsorge 1/4-9, Ammerlingstraße 11, 1060 Wien, wegen Unterhaltsrückstands, über den Revisionsrekurs des Vaters Mag. Franjo C\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Günter Wappel, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 23. Mai 2005, GZ 43 R 246/05b-373, womit über den Rekurs des Vaters der Beschluss des Bezirksgerichts Josefstadt vom 18. März 2005, GZ 1 P 74/98i-367, bestätigt wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Das Erstgericht stellte für die Zeit vom 1. 5. 1995 bis 31. 12. 1998 einen vom Vater zu zahlenden Unterhaltsbeitrag von 12.773,96 EUR fest (P 1.). Es stellte weiters aufgrund bereits rechtskräftig gewordener Beschlüsse eine Unterhaltsverpflichtung für die Zeit vom 1. 1. 1999 bis 31. 7. 2003 von 24.858 EUR fest (P 2.) und ordnete an, dass vom gesamten Rückstand von 37.631,96 EUR bereits geleistete Teilzahlungen von zusammen 25.751,66 EUR und anrechenbare Naturalunterhaltsleistungen von 722,36 EUR abzuziehen und vom Vater die danach offenen 11.158 EUR binnen 14 Tagen zu Händen des Wohlfahrtsträgers zu zahlen seien (P 3.). Ein Mehrbegehren des Kindes wurde rechtskräftig abgewiesen. Ein Antrag der Mutter auf Verzinsung des Unterhaltsrückstands wurde zurückgewiesen (P 4. und 5.). Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Vaters, der sich erkennbar gegen P 1. des erstinstanzlichen Beschlusses richtete, nicht Folge. Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Gegen diesen Ausspruch erhob der Vater eine Zulassungsvorstellung, verbunden mit einem „außerordentlichen Revisionsrekurs“ mit dem Abänderungsantrag dahin, dass der Unterhaltsrückstand für die Zeit vom 1. 5. 1995 bis 31. 12. 1998 nur mit 10.378,92 EUR festgesetzt werde.

Das Rekursgericht änderte seinen Rechtsmittelzulässigkeitsausspruch ab und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

## Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist nunmehr nicht jedenfalls unzulässig. Er ist jedoch entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Rekursgerichts mangels erheblicher Rechtsfragen iSd § 62 Abs 1 AußStrG

unzulässig: Der Revisionsrekurs ist nunmehr nicht jedenfalls unzulässig. Er ist jedoch entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Rekursgerichts mangels erheblicher Rechtsfragen iSd Paragraph 62, Absatz eins, AußStrG unzulässig:

Bei der Unterhaltsbemessung für den im Revisionsrekurs relevanten Zeitraum haben die Vorinstanzen eine (weitere) Sorgspflicht des Vaters für die Mutter des antragstellenden Kindes nicht berücksichtigt. Auf eine solche Sorgspflicht hatte sich der Vater im erstinstanzlichen Verfahren auch nicht berufen. Er steht nun auf dem Standpunkt, dass in der Unterlassung entsprechenden Vorbringens nur eine entschuldbare Fehlleistung iSd § 49 Abs 2 AußStrG liege, sodass seine Behauptung im Rekurs gegen den erstinstanzlichen Beschluss über eine weitere Sorgpflicht eine zulässige Neuerung darstelle, die das Rekursgericht zu beachten gehabt hätte. Im Übrigen wäre der Sachverhalt von Amts wegen zu erheben gewesen und der unterhaltspflichtige Vater hätte vom Erstgericht auch angeleitet und belehrt werden müssen. Dem ist entgegen zu halten: Bei der Unterhaltsbemessung für den im Revisionsrekurs relevanten Zeitraum haben die Vorinstanzen eine (weitere) Sorgpflicht des Vaters für die Mutter des antragstellenden Kindes nicht berücksichtigt. Auf eine solche Sorgpflicht hatte sich der Vater im erstinstanzlichen Verfahren auch nicht berufen. Er steht nun auf dem Standpunkt, dass in der Unterlassung entsprechenden Vorbringens nur eine entschuldbare Fehlleistung iSd Paragraph 49, Absatz 2, AußStrG liege, sodass seine Behauptung im Rekurs gegen den erstinstanzlichen Beschluss über eine weitere Sorgpflicht eine zulässige Neuerung darstelle, die das Rekursgericht zu beachten gehabt hätte. Im Übrigen wäre der Sachverhalt von Amts wegen zu erheben gewesen und der unterhaltspflichtige Vater hätte vom Erstgericht auch angeleitet und belehrt werden müssen. Dem ist entgegen zu halten:

Gemäß § 49 Abs 2 AußStrG sind neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel, die zur Zeit des Beschlusses erster Instanz schon vorhanden waren, nicht zu berücksichtigen, wenn sie von der Partei schon vor der Erlassung des Beschlusses hätten vorgebracht werden können, es sei denn, die Partei kann dartun, dass es sich bei der Verspätung (Unterlassung) des Vorbringens um eine entschuldbare Fehlleistung handelt. Das Neuerungsverbot hinsichtlich eines möglichen, von der Partei aber unterlassenen Vorbringens im Verfahren erster Instanz entspricht der Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten des neuen AußStrG. Die Neuerungerlaubnis, wenn die Unterlassung auf einer entschuldbaren Fehlleistung beruht, ist zwar neu, das Fehlen einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung dazu reicht aber zur Begründung der Rechtsmittelzulässigkeit nicht aus, weil die Rechtslage völlig klar ist. Auch in der Entscheidung 4 Ob 135/05i ging es um die Neuerungerlaubnis nach § 49 AußStrG. Die minderjährige Antragstellerin hatte sich dort zu den Einkommensverhältnissen ihres Vaters nicht geäußert und sich erst im Rekurs auf weiteres Einkommen berufen. Der Oberste Gerichtshof verwies die rechtsfreundlich vertretene Rechtsmittelwerberin darauf, dass sie die Zulässigkeit der Neuerungen zu behaupten und schlüssig darzulegen gehabt hätte. Auch im vorliegenden Fall fehlt es an einer solchen Darlegung. Der Revisionsrekurswerber beruft sich nur auf ein „schlichtes Vergessen“ und eine fehlende Anleitung durch das Erstgericht. Damit allein kann das Vorliegen einer entschuldbaren Fehlleistung aber nicht begründet werden, wurde doch der Vater, der Jurist ist, bei seiner Vernehmung am 28. 1. 2005 zu seinen Sorgpflichten befragt; es musste ihm klar sein, dass er unterhaltsmindernde weitere Sorgpflichten im eigenen Interesse vollständig anzugeben hat. Einer weiteren oberstgerichtlichen Stellungnahme bedarf es nicht (§ 71 Abs 3 letzter Satz AußStrG). Gemäß Paragraph 49, Absatz 2, AußStrG sind neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel, die zur Zeit des Beschlusses erster Instanz schon vorhanden waren, nicht zu berücksichtigen, wenn sie von der Partei schon vor der Erlassung des Beschlusses hätten vorgebracht werden können, es sei denn, die Partei kann dartun, dass es sich bei der Verspätung (Unterlassung) des Vorbringens um eine entschuldbare Fehlleistung handelt. Das Neuerungsverbot hinsichtlich eines möglichen, von der Partei aber unterlassenen Vorbringens im Verfahren erster Instanz entspricht der Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten des neuen AußStrG. Die Neuerungerlaubnis, wenn die Unterlassung auf einer entschuldbaren Fehlleistung beruht, ist zwar neu, das Fehlen einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung dazu reicht aber zur Begründung der Rechtsmittelzulässigkeit nicht aus, weil die Rechtslage völlig klar ist. Auch in der Entscheidung 4 Ob 135/05i ging es um die Neuerungerlaubnis nach Paragraph 49, AußStrG. Die minderjährige Antragstellerin hatte sich dort zu den Einkommensverhältnissen ihres Vaters nicht geäußert und sich erst im Rekurs auf weiteres Einkommen berufen. Der Oberste Gerichtshof verwies die rechtsfreundlich vertretene Rechtsmittelwerberin darauf, dass sie die Zulässigkeit der Neuerungen zu behaupten und schlüssig darzulegen gehabt hätte. Auch im vorliegenden Fall fehlt es an einer solchen Darlegung. Der Revisionsrekurswerber beruft sich nur auf ein „schlichtes Vergessen“ und eine fehlende Anleitung durch das Erstgericht. Damit allein kann das Vorliegen einer entschuldbaren Fehlleistung aber nicht begründet werden, wurde doch der Vater, der Jurist ist, bei seiner Vernehmung

am 28. 1. 2005 zu seinen Sorgepflichten befragt; es musste ihm klar sein, dass er unterhaltsmindernde weitere Sorgepflichten im eigenen Interesse vollständig anzugeben hat. Einer weiteren oberstgerichtlichen Stellungnahme bedarf es nicht (Paragraph 71, Absatz 3, letzter Satz AußStrG).

**Anmerkung**

E78971 6Ob148.05s-2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0060OB00148.05S.1103.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20051103\_OGH0002\_0060OB00148\_05S0000\_000

**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)