

# TE OGH 1991/2/27 3Ob141/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.02.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Petrasch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Klinger, Dr. Angst und Dr. Schalich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Franz H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolfgang Rohringer, Rechtsanwalt in Tamsweg, wider die beklagte Partei Marianne H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Harald Ofner, Rechtsanwalt in Wien, wegen Einwendungen gemäß § 35 EO gegen einen Unterhaltsanspruch (Rückstand: S 107.607,--, laufender Unterhalt: S 4.910,-- monatlich), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Berufungsgerichtes vom 2. August 1990, GZ 21 R 244/90-14, idF Berichtigungsbeschluß vom 29. November 1990, womit das Urteil des Bezirksgerichtes Tamsweg vom 10. April 1990, GZ 2 C 1109/89s-8, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Rechtssache zur neuen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind als weitere Kosten des Berufungsverfahrens zu behandeln.

## Text

Begründung:

Mit Vergleich vom 13. März 1979 verpflichtete sich der Kläger, der Beklagten ab 1. April 1979 einen Unterhalt von einem Drittel seines Nettoeinkommens aus einem Dienst-, Arbeits- oder Pensionsverhältnis zu zahlen.

Die beklagte Partei beantragte zu E 1594/89 des Erstgerichts, ihr zur Hereinbringung des Unterhaltsrückstandes von S 89.606,-- für die Zeit vom 1. April 1979 bis 30. September 1989 und des laufenden Unterhaltes von einem Drittel der Nettopensionsbezüge des Klägers seit 1. Oktober 1989 die Exekution durch Pfändung und Überweisung der Pensionsbezüge des Klägers zu bewilligen.

Nach dem Einlangen einer Auskunft des Drittschuldners über die Höhe der Pensionsbezüge bewilligte das Erstgericht die Exekution antragsgemäß. Die beklagte Partei beantragte in der Folge unter Berufung auf die jetzt feststehende Pensionshöhe die Ausdehnung des betriebenen Unterhaltsrückstands auf S 107.607,--. Das Erstgericht bewilligte auch diese Ausdehnung.

Gegen den betriebenen Unterhaltsanspruch erhob der Kläger Einwendungen gemäß § 35 EO und machte in seiner Oppositionsklage geltend, er schulde gemäß dem Vergleich vom 13. März 1979 lediglich die Nettopension abzüglich Hilfflorenzuschuß mal 14, dividiert durch 12 (ist bereinigte Nettopension pro Monat), dividiert durch 3 (ist Anspruch der

Beklagten), und auf der Basis dieser Berechnung habe er seine Verpflichtungen entgegen der Behauptung der beklagten Partei im Exekutionsantrag lückenlos erfüllt. Der Hilflosenzuschuß gehöre entgegen der Meinung der Beklagten nicht in die Berechnungsgrundlage. Der Kläger begehrte das Urteil, der Anspruch aus dem strittigen Vergleich, zu dessen Hereinbringung zu E 1594/89 des Erstgerichtes die Exekution bewilligt wurde, sei erloschen. Den Streitwert bezifferte die klagende Partei mit S 266.366,-- (das ist S 89.606,-- Rückstand zuzüglich 36 mal S 4.910,-- für den laufenden Unterhalt).

Die klagende Partei brachte am Tage nach der ersten Tagsatzung einen - später vorgetragenen - vorbereiteten Schriftsatz ein, in dem sie unter Bezugnahme auf die inzwischen im Exekutionsverfahren erfolgte Ausdehnung ihr Oppositionsbegehren ausdrücklich auch auf diesen Ausdehnungsbetrag bezog und weiters geltend machte, die bisherigen Zahlungen seien im Einverständnis mit dem Rechtsfreund der Beklagten geleistet worden, die Beklagte habe infolge der vieljährigen Übung auf einen für sie günstigeren Mehranspruch verzichtet und einen solchen Anspruch verwirkt, und es sei dadurch zwischen den Streitteilen eine Abänderung des ursprünglichen Vergleiches vereinbart worden. Schließlich erhob die klagende Partei für den mehr als drei Jahre vor Exekutionsführung zurückreichenden Unterhaltsrückstand erstmals auch die Verjährungseinwendung.

Die beklagte Partei rügte sofort den Verstoß gegen die im Oppositionsprozeß geltende Eventualmaxime und beantragte im übrigen die Abweisung des Klagebegehrens.

Das Erstgericht erkannte zu Recht, daß der betriebene Unterhaltsanspruch mit Ausnahme eines Betrages von S 32.989,13 (Rückstand für die Zeit vom 1. April 1979 bis 30. September 1989) erloschen sei, und wies das Klagebegehren nur für den Teilbetrag von S 32.989,13 ab. Es traf im wesentlichen folgende Tatsachenfeststellungen:

Die damals noch verehelichten Streitteile lebten seit dem Jahr 1970 getrennt. Es war schon damals vereinbart, daß der Kläger der Beklagten ein Drittel seines monatlichen Nettoeinkommens an Unterhalt leistet. Der Rechtsfreund der Beklagten war im Jahr 1970 damit einverstanden, daß der Kläger bei der Berechnung des Drittelbetrages den von ihm schon damals bezogenen Hilflosenzuschuß abzog, und es bestand zwischen den Streitteilen damit die Vereinbarung, daß der Hilflosenzuschuß bei Ermittlung des Nettoeinkommens des Klägers aus der Bemessungsgrundlage auszuschneiden ist. Der Kläger bezog damals ohne Hilflosenzuschuß eine Nettopension von S 4.034,-- und leistete

S 1.568,-- Unterhalt, das ist S 4.034,-- mal 14, geteilt durch 12, geteilt durch 3 (abgerundet um S 0,77).

Anläßlich der Ehescheidung am 13. März 1979 schlossen die Streitteile den eingangs erwähnten Vergleich. Durch diesen Vergleich sollte die zwischen den Streitteilen schon vorher bestehende außergerichtliche Unterhaltsvereinbarung gerichtlich bestätigt werden.

Wenn man von den vom Kläger in der Zeit vom April 1979 bis September 1989 bezogenen Pensionsbeträgen einschließlich der tatsächlichen Sonderzahlungen, aber abzüglich des Hilflosenzuschusses den Unterhalt errechnet und die von ihm tatsächlich geleisteten Zahlungen abzieht, ergibt sich ein Fehlbetrag von S 32.989,13.

Rechtlich folgte das Erstgericht, daß der Vergleich nur dahin ausgelegt werden könne, daß der Kläger ein Drittel seiner Nettopensionsbezüge ohne Hilflosenzuschuß schulde. Einerseits sei dies zwischen den Streitteilen ausdrücklich vereinbart worden, andererseits werde im Gegensatz zur Entscheidung SZ 37/83 in neueren Entscheidungen der Hilflosenzuschuß nicht in die Bemessungsgrundlage für den Unterhalt einbezogen. Auf die Verjährungseinwendung könne wegen der Eventualmaxime nicht eingegangen werden.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei nicht Folge, änderte aber das Urteil des Erstgerichtes infolge Berufung der beklagten Partei dahin ab, daß das gesamte Klagebegehren abgewiesen werde. Es sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei.

Zur Beweistrügerei der Beklagten über den Parteiwillen bei Abschluß des Vergleiches vom 13. März 1979 nahm das Berufungsgericht nicht Stellung. Es vertrat vielmehr die Auffassung, daß wegen des klaren Wortlautes des Vergleiches auf die frühere Berechnungsweise nicht einzugehen sei. Danach schulde der Kläger ein Drittel seiner Nettopensionsbezüge einschließlich des Hilflosenzuschusses, weil der Exekutionstitel keine entsprechende Einschränkung enthalte. Gleiches gelte auch für den Umstand, daß der Kläger bisher den 13. und 14. Pensionsnettobezug trotz geringerer Steuerbelastung immer nur in gleicher Höhe wie die laufenden Pensionsnettobezüge angesetzt habe. Für eine nähere Auslegung des Exekutionstitels stehe die Oppositionsklage aber schon an und für sich nicht zur Verfügung, weil es sich dabei nicht um Tatsachen handle, die erst nach Entstehung des

Exekutionstitels eingetreten sind. Welche Rechtsbehelfe zur Durchsetzung eines im Sinn der Lösung des Erstgerichtes angenommenen, vom Wortlaut des Vergleiches abweichenden Parteiwillens zur Verfügung stünden, sei nicht zu untersuchen.

Die Revision des Klägers ist berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

In Anlehnung an Entscheidungen wie SZ 16/127 (= ZBI 1934/332 mit zust. Glosse von Petschek), SZ 30/6 und SZ 49/130 vertritt der erkennende Senat die Auffassung, daß die Vorfrage über das nach dem Parteiwillen richtige Ausmaß der in einem Bruchteilstitel verglichenen Unterhaltsforderung und damit über das Bestehen des von der betreibenden Partei behaupteten Unterhaltsrückstandes auch mit Oppositionsklage geltend gemacht werden kann (ebenso Heller-Berger-Stix 272).

Der von der Beklagten gerügte Verstoß gegen die im Oppositionsprozeß herrschende Eventualmaxime liegt für den Ausdehnungsbetrag von S 18.001,-- (Differenz zwischen dem ursprünglich geltend gemachten Betrag von S 89.606,-- und dem neu betriebenen Unterhaltsrückstand von S 107.607,--) nicht vor, weil für diesen Teilbetrag alle Einwendungen erst nach Einbringung der Oppositionsklage geltend gemacht werden konnten, sodaß dem Kläger hier offen stand, entweder eine neue Klage anzubringen oder die Einwendungen durch Ergänzung des Vorbringens der schon eingebrachten Oppositionsklage und Ausdehnung derselben zu erheben (vgl Heller-Berger-Stix 420).

Für den von Anfang an bekämpften Unterhaltsrückstand von S 89.606,-- stellte das ergänzende Vorbringen des Klägers teilweise eine bloße Ergänzung der Klagserzählung zur Unterstützung der schon in der Klage erhobenen Einwendungen dar, was zulässig ist (Heller-Berger-Stix 420). Dies gilt für die näheren Ausführungen über den beiderseitigen Parteiwillen bei Abschluß des Vergleiches. Der Kläger hatte in der Klage ausgeführt, er habe sich im strittigen Vergleich unter Zugrundelegung des dargestellten Rechenvorganges nur zur Leistung von einem Drittel seines Nettoeinkommens ohne den Hilflosenzuschuß verpflichtet. Wenn daher dann näher ausgeführt wurde, daß sich dies aus der schon vor Vergleichsabschluß zwischen den Parteien gehandhabten Übung und vor allem auf Grund der vom Rechtsfreund der Beklagten mit Schreiben vom 29. Jänner 1970 bestätigten Berechnungsweise ergebe und daß mit dem Vergleich nach der Absicht beider Parteien die bisherige Übung festgeschrieben werden sollte, dann wurden hier mit dem Ergänzungsschriftsatz keine neuen Einwendungen erhoben. Letzteres trifft jedoch auf die erstmals erhobene Verjährungseinwendung und den erstmals geltend gemachten nachträglichen Verzicht auf einen höheren Unterhaltsbetrag zu. Für den ursprünglich betriebenen Teil des Unterhaltsrückstandes ist daher auf diese beiden Rechtsgründe schon wegen Präklusion nach § 35 Abs 3 EO nicht Bedacht zu nehmen.

Damit erweist sich aber die Sache als nicht spruchreif, weil die bekämpfte Feststellung des Erstgerichtes über den Parteiwillen zum Vergleichsabschluß vom Berufungsgericht noch nicht überprüft wurde.

Zutreffend geht zwar das Berufungsgericht davon aus, daß bei einem Bruchteilstitel im Zweifel auch unpfändbare Zulagen wie der Hilflosenzuschuß zu den "Bezügen" des Verpflichteten im Sinne des § 10 a Abs 1 EO gehören, sofern es sich nicht um bloße Durchgangsposten wie Fahrtkostenersatz handelt. Dies entspricht der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (SZ 37/83 für den Hilflosenzuschuß; vgl aber auch SZ 49/130 oder SZ 52/177 für andere unpfändbare Einkommensteile), wie der Gerichte zweiter Instanz (zuletzt etwa EFSlg 57.879 f) und auch der Lehre (Heller-Berger-Stix 266; Holzhammer, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>3</sup>, 82). Es ist daher grundsätzlich ohne Bedeutung, ob bei Anwendung der sogenannten Prozentjudikatur solche Zulagen zur Bemessungsgrundlage gehören.

Ergibt die Erledigung der Beweisrüge eine Übernahme der Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes über einen ausdrücklichen Parteiwillen auf Festschreibung der früheren Praxis auf Nichtberücksichtigung des Hilflosenzuschusses, so ist der von der betreibenden Partei behauptete Unterhaltsrückstand im Umfang des darin enthaltenen Anteils am Hilflosenzuschuß erloschen. Für den laufenden Unterhalt wäre in diesem Fall auszusprechen, daß der Beklagten auf Grund des strittigen Vergleiches lediglich ein Drittel der Nettopensionsbezüge des Klägers ohne Hilflosenzuschuß gebührt.

Ergibt die Erledigung der Beweisrüge, daß die Parteien trotz früher anderer Übung ausdrücklich die Einbeziehung des Hilflosenzuschusses vereinbart haben, müßte das Klagebegehren im noch nicht verjährten Umfange (dazu noch später) allerdings wieder abgewiesen werden.

Sollte die Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes ergeben, daß sich ein ausdrücklicher Parteiwille weder in der einen

noch in der anderen Richtung erweisen läßt, müßten noch die sonstigen Begleitumstände erhoben werden (warum ein Drittel der Bezüge? Einkommen der Beklagten? Vorliegen besonderer Umstände?); denn die von beiden Parteien angenommene Vergleichsgrundlage konnte nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent vereinbart werden. Hätte tatsächlich früher die Übung bestanden, den Hilflosenzuschuß nicht einzubeziehen und lägen keine Indizien vor, die für einen besonders hohen Unterhaltsprozentsatz sprächen (33 % wären bei einer einkommenslosen Ehefrau der übliche Satz ohne Einbeziehung des Hilflosenzuschusses), dann wäre stillschweigend vereinbart worden, daß der Hilflosenzuschuß nicht zu dem Einkommen des Klägers zählt, von dem das der Beklagten zustehende Drittel als Unterhalt zu berechnen ist.

Für das weitere Problem der Berücksichtigung der günstigeren Besteuerung der Sonderzahlungen fehlte es hingegen schon an Prozeßbehauptungen, aber auch an Feststellungen des Erstgerichtes, daß auch hier ein übereinstimmender Parteiwille in einer bestimmten Richtung zustandegekommen sei. Nur aus dem Umstand allein, daß dem Beklagtenvertreter vor zwanzig Jahren eine Berechnung vorgelegt wurde, nach der die Nettosonderzahlungen im Jahr zwei weiteren laufenden Nettopensionsbezügen entsprachen, kann noch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Beklagte damit diese Berechnungsweise anerkannt und dann auch zur Grundlage des späteren Vergleiches gemacht hätte. Die begünstigte Besteuerung des sog. 13. und 14. Bezuges hängt ja von manchen Umständen ab (§ 67 EStG), ergibt sich also nicht sozusagen von selbst nur aus einem solchen Beispiel. Der Kläger hat nie behauptet, daß der Beklagten je mitgeteilt worden wäre, man wolle aus Gründen der Vereinfachung, zB um einen Dauerauftrag erteilen zu können, fiktiv immer nur vierzehn laufende Pensionsnettobezüge auf zwölf Monate aufteilen und hievon das der Beklagten zustehende Drittel berechnen, und daß die Beklagte einem solchen Vorgang zugestimmt hätte.

Soweit es um den Ausdehnungsbetrag von S 18.001,-- geht, muß auch noch auf die Verjährungseinwendung eingegangen werden. Da für die Zukunft fällig werdende Unterhaltsansprüche auch dann in drei Jahren (§ 1480 ABGB) verjähren, wenn es sich um eine Judikatschuld oder eine ihr gleichzuhaltende Verbindlichkeit aus einem gerichtlichen Vergleich handelt (Schubert in Rummel, ABGB, Rz 7 zu § 1478 mwN), konnte die beklagte Partei nur den Rückstand aus den letzten drei Jahren vor Einbringung ihres Exekutionsantrages geltend machen.

Soweit also im Ausdehnungsbetrag von S 18.001,-- rückständige Unterhaltsbeträge enthalten sind, die mehr als drei Jahre vor Einbringung des Exekutionsantrages zurückliegen, wäre der Oppositionsklage wegen eingetretener Verjährung stattzugeben.

Für das Zustandekommen eines stillschweigenden Verzichts - auch dieser käme infolge der Eventualmaxime nur für den ausgedehnten Rückstandsbetrag von S 18.001,--, nicht aber für den übrigen Rückstand und den schon von Anfang an betriebenen laufenden Unterhalt in Betracht - sind hingegen schon die Klagsbehauptungen unzureichend. Mit dem Umstand allein, daß die Beklagte durch viele Jahre hindurch ohne Widerspruch nur Beträge entgegengenommen hat, die nicht dem Umfange entsprochen haben, wie er im Vergleich festgelegt war, kann ein schlüssiges Verhalten nach § 863 ABGB nicht begründet werden. Die Beklagte mußte zB nicht wissen, wie hoch die Pension und der Hilflosenzuschuß waren und ob der Kläger einen solchen noch bezieht. Selbst wenn also vereinbart gewesen wäre, den Hilflosenzuschuß einzubeziehen, könnte aus der bloßen Untätigkeit der Beklagten noch kein schlüssiger Verzicht auf ihren Anteil hieran abgeleitet werden (vgl Entscheidungen wie EFSlg 56.915). Gleiches gilt auch für die Berechnung des Unterhaltsbetrages aus den Sonderzahlungen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E25644

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1991:0030OB00141.9.0227.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19910227\_OGH0002\_0030OB00141\_9000000\_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)