

# TE OGH 1985/9/10 2Ob608/85

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.09.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Melber, Dr. Huber und Dr. Egermann als weitere Richter in der Pflegschaftssache der am 13.9.1967 geborenen mj. Barbara A, infolge Revisionsrekurses des Vaters Helmut A, Sparkassenangestellter, 1160 Wien, Odoakergasse 7/2/27, vertreten durch Dr. Karl Burka, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschuß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgerichtes vom 18. April 1985, GZ 43 R 105/85-31, womit der Beschuß des Bezirksgerichtes Hernals vom 18. Dezember 1984, GZ 2 P 281/69-28, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die Ehe der Eltern der Minderjährigen ist geschieden. Diese, die derzeit die 7. Klasse einer B besucht, lebt bei ihrer Mutter. Besonderer Sachwalter der Minderjährigen ist das Bezirksjugendamt für den 16. Bezirk.

Das Bezirksjugendamt für den 16. Bezirk stellte am 10.8.1984 den Antrag, den unterhaltpflichtigen Vater mit Wirkung ab 16.8.1984 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von S 5.600,-- zu verpflichten. Zur Begründung führte das Jugendamt aus, daß die bisherige Unterhaltsleistung nicht mehr ausreiche, die Bedürfnisse der Minderjährigen zu decken und auch nicht mehr dem Einkommen des Vaters entspräche. Der unterhaltpflichtige Vater sei Angestellter der Ersten Österreichischen Spar-Casse und habe ein monatliches Durchschnittsnettoeinkommen von S 29.500,-- inklusive des aliquoten Anteiles am Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Außer für die Minderjährige sei er noch für seine nicht berufstätige Ehegattin sorgepflichtig. Der unterhaltpflichtige Vater beantragte die Abweisung des Erhöhungsantrages und führte aus, daß er nicht wie vom Jugendamt angegeben S 29.500,-- verdiente, sondern, daß sein Jahresnettoeinkommen inklusive Kinderzulage und Familienbeihilfe S 348.309,56 bzw. sein Monatseinkommen S 29.025,80 betrage; von diesem Betrag seien wiederum die Familienbeihilfe und die Kinderzulage für die beiden Stiefkinder von monatlich S 4.344,--, die Kreditrückzahlungsrate von S 5.660,-- sowie Autospesen von S 2.548,-- abzuziehen, sodaß ein Einkommen von monatlich S 16.473,80 verbleibe. Weiters zahle er an die Mutter des Kindes laut Vergleich monatlich S 1.296,--. Die Familienbeihilfe und Kinderzulage werde ihm nur deshalb gewährt, weil er in seinem Haushalt 2 nicht berufstätige Kinder seiner jetzigen Gattin versorge, Patricia und Iris C, beide Studentinnen, die selbst über kein Einkommen verfügten. Unter Bedachtnahme auf die Sorgepflicht für die Gattin aus erster Ehe sei er verpflichtet, 17 % von S 16.473,80 somit einen Unterhalt von S 2.800,-- zu leisten. Da er aber bereits S 4.000,-- zahle, sei

der Unterhaltserhöhungsantrag verfehlt. Seine Gattin erhalte für die in die Ehe mitgebrachten Kinder Patricia und Iris C zusammen monatlich nur S 2.000,--. Die zusätzlichen Leistungen des Arbeitgebers (Familienbeihilfe und Kinderzulage) seien nicht wegen der Alimentationsverpflichtung für nicht im gemeinsamen Haushalt lebende Personen gewährt worden, sodaß sie aus der Unterhaltsbemessungsbasis auszuscheiden seien. Im übrigen sei der unterhaltpflichtige Vater Abteilungsleiter im Schichtdienst bei der Ersten Österreichischen Spar-Casse und zwar etwa 8-10 Tage im Monat in der Zeit von 6.30 Uhr bis 16.00 Uhr und für etwa 14 Tage in der Zeit von 12.00 bis 22.00 Uhr, wobei sehr häufig Überstunden zu machen seien. Diese ergäben sich daraus, daß auf jeden Fall die zu verbuchenden Überweisungen und Eingänge gebucht werden müßten und bei eventuell sich ergebenden Schwierigkeiten über die normale Dienstzeit hinaus, etwa bis Mitternacht, Überstunden geleistet werden müßten. Da im vorhinein nicht gesagt werden könne, wann die Dienstzeit ende, wisse er nicht, ob er ein öffentliches Verkehrsmittel benutzen könne. Zur Ausübung seines Berufes benötige er daher ein Kraftfahrzeug, wofür er inklusive Haftpflichtversicherung und Leasingrate monatlich S 2.548,-- aufwende. Der Einfachheit halber seien die reinen Betriebskosten nicht in Abzug gebracht worden. Anlässlich der Ehescheidung habe er die Wohnung seiner geschiedenen Gattin und dem Kinde überlassen. Er sei praktisch nur mit seinen persönlichen Gegenständen aus der Wohnung ausgezogen. In der Folge habe er sich eine neue Wohnung beschaffen müssen. Für die Einrichtung habe er einen Kredit aufnehmen müssen, den er in monatlichen Raten von S 5.660,-- zurückzahle.

Das Erstgericht verpflichtete den Vater zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von S 5.200,-- ab 16.8.1984 bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes und wies das Mehrbegehren von S 400,-- monatlich ab.

Die erste Instanz ging von folgenden Feststellungen aus:

Der Unterhaltpflichtige ist laut Vergleich des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 18.12.1979, 14 Cg 138/79, zu einer monatlichen Unterhaltsleistung an seine geschiedene Gattin von S 1.000,-- wertgesichert, somit derzeit S 1.296,-- verpflichtet. Er ist Angestellter bei der Ersten Österreichischen Spar-Casse. Sein Jahresbezug inklusive einer von der Firma gewährten nicht zweckgebundenen Familienbeihilfe und Kinderzulage beträgt S 348.309,56 oder monatlich S 29.025,--. Da die von der Firma gewährte Familienbeihilfe und Kinderzulage einen Teil seines Einkommens darstellen, ist von der Bemessungsbasis lediglich seine Alimentationsleistung an die geschiedene Ehegattin abzuziehen, sodaß die Unterhaltsbemessungsbasis S 27.729,-- monatlich im Jahresdurchschnitt beträgt. Sorgepflichtig ist er außer für Barbara nur noch für seine nicht berufstätige zweite Ehegattin. Eine gesetzliche Sorgepflicht für die von seiner Gattin mitgebrachten Kinder Patricia und Iris C trifft ihn nicht.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, die Höhe der monatlichen Unterhaltsleistung richte sich sowohl nach der Leistungsfähigkeit des unterhaltpflichtigen Vaters als auch nach den Bedürfnissen des berechtigten Kindes. Die Leistungsfähigkeit der Unterhaltpflichtigen ergebe sich aus der Höhe des festgestellten monatlichen Nettoeinkommens und er könne unter Bedachtnahme auf seine Sorgepflicht für die nicht berufstätige Ehegattin zur Unterhaltsleistung für die mj. Barbara bis zu 19 % seines jeweiligen Einkommens herangezogen werden. Der zuerkannte Betrag entspreche abgerundet der zumutbaren Belastung. Was den unbestrittenen Aufwand für seine Stieftöchter anlange, könne dieser nicht zu Ungunsten leiblicher Kinder berücksichtigt werden. Ebenso könnten Anschaffungskosten für eine Wohnungseinrichtung bzw. Wohnraumbeschaffung nur für einen Zeitraum unmittelbar nach der Scheidung und nur im unbedingt notwendigen Ausmaß berücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall habe die Scheidung am 18.12.1979 stattgefunden und die bestehende Ehewohnung, welche zum Zeitpunkte des Vergleichsabschlusses bereits geräumt war, sei der geschiedenen Gattin übergeben worden. Auch Auslagen für die Autoleasingrate müßten unberücksichtigt bleiben, weil der Unterhaltpflichtige sein Fahrzeug lediglich dann, wenn über die normale Dienstzeit hinaus etwa bis Mitternacht Überstunden zu leisten seien, benötige. Da ohne weiteres angenommen werden könne - der Unterhaltpflichtige habe keinerlei konkrete Angaben darüber gemacht - daß nur sehr selten derlei Schwierigkeiten entstünden, könne ihm die Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels zugemutet werden. Sollte er aber ein solches Verkehrsmittel nicht in Anspruch nehmen, könne dies keinesfalls der Minderjährigen zum Nachteil gereichen. Das Gericht zweiter Instanz gab dem Rekurs des Vaters gegen den stattgebenden Teil des Beschlusses des Erstgerichtes teilweise Folge und änderte die angefochtene Entscheidung dahin ab, daß unter Aufrechterhaltung der vom Erstgericht gesetzten Zahlungsmodalitäten der Unterhaltserhöhungsbetrag an Stelle von S 1.200,-- S 500,-- beträgt und das Mehrbegehren von S 1.700,-- abgewiesen wird. Das Rekursgericht führte aus, das Erstgericht habe die dem Vater angeblich berufsbedingt erwachsenen Autospesen zu Recht nicht als einkommensmindernd berücksichtigt. Das - im übrigen durch den Rekurs nicht konkretisierte - Vorbringen des Vaters,

er habe als Abteilungsleiter Schichtdienst zu leisten, und zwar etwa 8 bis 10 Tage im Monat von 6.30 bis 16 Uhr und für etwa 14 Tage von 12 bis 22 Uhr, wobei Überstunden häufig seien, reiche nicht aus, um daraus abzuleiten, der im 16. Wiener Gemeindebezirk wohnende Vater brauche als Abteilungsleiter beruflich unbedingt ein Kraftfahrzeug. Für die - insbesondere bei Sparkassen - gegebenen Arbeitsverhältnisse wäre es untypisch, daß der Dienstgeber Mehrleistungen verlange, ohne den damit verbundenen Aufwand zu vergüten. Zu diesem Vorbringen sei aber weder in erster Instanz noch sonst ein Beweis angeboten worden, 'auch nicht die PV!'. Insbesondere gebe der Rekurs auch nicht zu erkennen, welche Beweise das Erstgericht zu dieser Behauptung durchführen hätte sollen. Der allgemein gehaltene Hinweis auf den Offizialgrundsatz versage. Im 'Streitbereich' des 'Außerstreitverfahrens' gelte im Unterhaltsverfahren das Antragsprinzip, wonach es Sache der Partei sei, die zweckdienlichen Beweise zu erbringen. Zu Recht mache der Rekurswerber allerdings diejenigen Beträge als die Bemessungsgrundlage schmälernd geltend, die ihm mit Rücksicht auf die Tatsache bezahlt würden, daß zwei Kinder in seinem Haushalt leben, mag er für diese auch nicht sorgepflichtig sein. Damit ergebe sich eine Bemessungsgrundlage von S 24.680,--. Der Rekurssenat erachte im Hinblick auf die weiterbestehende Sorgepflicht für die geschiedene Gattin (derzeit S 1.296,--) und im Hinblick auf die seit dem Vergleich vom 29.1.1982 (damals betrug das Einkommen S 20.000,--) gestiegenen Lebensbedürfnisse der 17-jährigen Barbara A einen monatlichen Unterhaltsbetrag von S 4.500,-- für gerechtfertigt. Dieser Betrag ergebe sich selbst unter angemessener Berücksichtigung der vom Vater geltend gemachten Rückzahlungen für Wohnungskredite. Mit diesem Betrag nehme das Kind angemessen an den Lebensverhältnissen des Vaters teil (§ 140 Abs 1 ABGB). Diesen verblieben damit noch rund S 24.500,-- zur Bestreitung seiner übrigen Verpflichtungen und Bedürfnisse.

Gegen den stattgebenden Teil des Beschlusses des Rekursgerichtes wendet sich der Revisionsrekurs des Vaters aus den Anfechtungsgründen der offensuren Gesetz- und Aktenwidrigkeit der Entscheidung sowie der Nullität im Sinne des § 16 AußStrG mit dem Antrag auf Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen im stattgebenden Teil und Zurückverweisung an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist unzulässig.

Der Rechtsmittelwerber bringt vor, das Rekursgericht habe aktenwidrig ausgeführt, er habe für sein Vorbringen keinen Beweis angeboten. In ON 27 habe er sich für sein gesamtes Vorbringen auf seine Einvernahme berufen, dieses Anbot sei ausreichend gewesen. Zum Anfechtungsgrund der Nichtigkeit führt der Vater aus, durch die Unterlassung seiner Einvernahme und der Durchführung der notwendigen Erhebungen sei das Verfahren erster und zweiter Instanz so mangelhaft geblieben, daß dies einer Verletzung des Parteiengehörs und einer Rechtsverweigerung gleichkomme, da praktisch überhaupt keine Beweise durchgeführt worden seien. Zum Anfechtungsgrund der Gesetzwidrigkeit wird vorgebracht, die Ausführungen des Rekursgerichtes über 'Streitbereich des Außerstreitverfahrens', 'Antragsprinzip' und 'Sache der Partei', 'zweckdienlicher Weise zu erbringen' ständen mit der Judikatur in Widerspruch. Für das Außerstreitverfahren gelte der Untersuchungsgrundsatz. Nur dann, wenn das Gericht außerstande sei, aufgrund seiner amtswegigen Beweiserhebungen eine ausreichende Tatsachengrundlage zu schaffen, treffe die Beweislast die Partei. Die Rechtsausführungen des Rekursgerichts seien daher gesetzwidrig. Unter dem Anfechtungsgrund der Aktenwidrigkeit führt der Rechtsmittelwerber aus, die Rekursentscheidung sei auch deshalb nichtig, weil sie von offensuren Rechenfehlern und von Feststellungen ausgehe, die aktenwidrig seien, wobei zum Teil auch die Begründung derart sei, daß überhaupt nicht überprüfbar sei, was das Rekursgericht tatsächlich gewollt habe. Laut der Feststellung des Erstgerichtes betrage das monatliche Nettoeinkommen des Vaters S 29.025,--. Das Rekursgericht ziehe aber Kosten für zwei Kinder im Haushalt, das seien festgestelltermaßen S 4.344,-- ab, und gelange zu einer Bemessungsgrundlage von monatlich S 24.680,--. Das Rekursgericht ziehe weiter den zugesprochenen Unterhaltsbetrag von monatlich S 4.500,-- ab, woraus sich ein dem Rechtsmittelwerber zur Bestreitung seiner übrigen Verpflichtungen verbleibender Restbetrag von monatlich S 20.180,-- ergebe; das Rekursgericht gelange aber infolge eines Rechenfehlers zu einem verbleibenden Restbetrag von monatlich S 24.500,--. Darüberhinaus vermeine das Rekursgericht, bei der Differenz von S 24.680,-- (Bemessungsgrundlage) abzüglich des verbleibenden Restbetrages von S 24.500,--, das seien also S 180,--, seien die weiteren Sorgepflichten und der Wohnungskredit angemessen berücksichtigt worden. Dies sei denkunmöglich, da der Wohnungskredit S 5.660,-- und die Alimentation für die geschiedene Gattin S 1.296,-- monatlich zusammen somit S 6.956,--, betrügen und daher durch einen Abzug von S 180,-- nicht angemessen berücksichtigt werden könnten.' Es wäre sicherlich Aufgabe des Rekursgerichtes gewesen, in

überprüfbarer Weise die Argumente zur Darstellung zu bringen, warum diese S 180,-- als angemessener Abzug dienen könnten'. Es liege somit eine sich widersprechende, nicht überprüfbare Rekursentscheidung vor, die nach der Rechtsprechung nichtig sei.

Diesen Ausführungen ist folgendes zu erwidern:

Da das Rekursgericht die Entscheidung des Erstgerichtes nicht zur Gänze bestätigt, sondern teilweise abgeändert hat, ist die Anfechtbarkeit der Entscheidung der zweiten Instanz nicht, wie der Rechtsmittelwerber offenbar vermeint, nach § 16 AußStrG, sondern nach § 14 AußStrG zu beurteilen.

Gemäß § 14 Abs 2 AußStrG sind aber Rekurse gegen

Entscheidungen der zweiten Instanz über die Bemessung gesetzlicher Unterhaltsansprüche unzulässig. Zur Bemessung gehört die Beurteilung der Bedürfnisse des Unterhaltsberechtigten, der zur Deckung dieser Bedürfnisse vorhandenen Mittel, die vor der Leistung des Unterhaltpflichtigen heranzuziehen sind (wie Vermögen, Einkommen, Arbeitsfähigkeit des Unterhaltsberechtigten und Leistungen anderer Personen), und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltpflichtigen, wobei die Beurteilung dieser Umstände durch die zweite Instanz auch dann unanfechtbar ist, wenn es strittig ist, ob sie zur völligen Ablehnung eines Anspruches auf Unterhaltsleistung führt (Punkt II und III des Judikates 60 neu = SZ 27/177). Die Anfechtung einer zweitinstanzlichen Entscheidung über die Unterhaltsbemessung wird durch § 16 Abs 2 AußStrG ausgeschlossen, welcher Fehler immer dem Rekursgericht dabei unterlaufen sein möge; selbst Beschwerdegründe im Sinne des § 16 Abs 1 AußStrG - wie sie der Revisionsrekurswerber heranzuziehen sucht - sind in einem solchen Fall bei Bekämpfung bloßer Bemessungskriterien nicht zu prüfen (EFSIg. 30.514; 37.332 f.u.a.; zuletzt etwa 3 Ob 595/83, 5 Ob 506/83, 8 Ob 577/84 ua).

Die Rechtsmittelausführungen richten sich aber gegen die Berechnung der Bemessungsgrundlage und des dem Vater zur Bestreitung seiner übrigen Verpflichtungen verbleibenden monatlichen Restbetrages durch die zweite Instanz, gegen die angeblich nicht ausreichende Berücksichtigung des vom Vater zurückzuzahlenden Wohnungskredites, der Alimentationsleistung an seine geschiedene Gattin sowie der Aufwendungen für das von ihm berufsbedingt benutzte Kraftfahrzeug. Alle diese Fragen betreffen jedoch ausschließlich den Bemessungsbereich innerhalb dessen, wie schon dargelegt, eine Anfechtung der Entscheidung der zweiten Instanz durch § 14 Abs 2 AußStrG jedenfalls ausgeschlossen wird, welche Fehler auch immer dem Rekursgericht unterlaufen sein mögen. Auch soweit der Rechtsmittelwerber in diesem Zusammenhang angebliche Verfahrensmängel des Rekursgerichtes durch Verkennung des im Außerstreitverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes und Unterlassung entsprechender amtswegiger Erhebungen, insbesondere betreffend die Notwendigkeit der Benützung eines Kraftfahrzeuges rügt, ist ihm entgegenzuhalten, daß die Rechtsmittelbeschränkung des § 14 Abs 2 AußStrG nicht bloß der Bekämpfung eines Unterhaltsbemessungsbeschlusses wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung entgegensteht; sie gilt vielmehr auch bei der Geltendmachung von Verfahrensmängeln im Rahmen der Unterhaltsbemessung (EFSIg. 30.515; 8 Ob 577/84 u.a.). Der Revisionsrekurs war daher als unzulässig zurückzuweisen.

#### **Anmerkung**

E06360

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0020OB00608.85.0910.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850910\_OGH0002\_0020OB00608\_8500000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>