

## **Gericht**

OGH

## **Entscheidungsdatum**

22.11.2005

## **Geschäftszahl**

1Ob203/05t

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner, Univ. Doz. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau und Dr. Glawischnig als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj. Gregor E\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, und des mj. Joachim E\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, über den Revisionsrekurs des Vaters Herbert K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Helmut Valenta und Dr. Gerhard Gfrerer, Rechtsanwälte in Linz, gegen den Beschluss des Landesgerichts Linz als Rekursgericht vom 26. April 2005, GZ 15 R 67/05m-55, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Linz von 10. Jänner 2005, GZ 4 P 197/01d-50, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **Beschluss**

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Der Antrag auf Zuspruch von Kosten des Revisionsrekurses wird zurückgewiesen.

## **Text**

### **Begründung:**

Der unterhaltspflichtige Vater bezieht Einkünfte aus einer unselbstständigen Tätigkeit; daneben übt er eine Tätigkeit als Trainer bei einem Sportverein aus. Der 14-jährige Gregor und der 11-jährige Joachim verblieben nach der Scheidung der Ehe ihrer Eltern in der Obsorge ihrer Mutter. Der Vater verpflichtete sich im Scheidungsfolgenvergleich ab 1. 5. 2001 zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen für Gregor in Höhe von ATS 4.400 (EUR 319,76). Die monatliche Unterhaltsverpflichtung für den mj. Joachim beträgt gemäß Vergleich vom 11. 2. 2002 ab 1. 3. 2002 290 EUR. Der Vater ist weiters für ein 2004 geborenes Kind aus zweiter Ehe sowie seine derzeitige Ehegattin sorgepflichtig.

Der Vater beehrte für den Zeitraum vom 1. 6. 2004 bis 31. 8. 2004 die Herabsetzung des Unterhalts für Gregor auf monatlich EUR 299, für Joachim auf monatlich EUR 243, sowie ab 1. 9. 2004 eine Herabsetzung auf monatlich EUR 280 je Kind. Er begründete dies im Wesentlichen mit seinen Sorgepflichten für sein Kind aus zweiter Ehe und seine nunmehrige Gattin und führte ein monatliches Nettoeinkommen von EUR 1.700 aus seiner unselbstständigen Tätigkeit (inklusive Sonderzahlungen) ins Treffen. Einkünfte aus seiner Sporttrainertätigkeit beziehe er nicht.

Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land als Vertreter der Minderjährigen sprach sich gegen den Unterhaltsherabsetzungsantrag aus. Der Vater verfüge neben dem Einkommen aus seiner unselbstständigen Tätigkeit über Einkommensquellen als Sporttrainer; ferner beziehe er Sponsorengelder.

Das Erstgericht gab dem Unterhaltsherabsetzungsantrag des Vaters teilweise statt und setzte den monatlichen Unterhaltsbeitrag für Gregor im Zeitraum vom 1. 6. 2004 bis 31. 8. 2004 von bisher EUR 320 auf EUR 317 herab, ab dem 1. 9. 2004 auf EUR 297. Für Joachim wurde der monatliche Unterhaltsbeitrag für den Zeitraum 1. 6. 2004 bis 31. 8. 2004 von bisher EUR 290 auf EUR 258 herabgesetzt; ab dem 1. 9. 2004 seien

weiterhin EUR 290 zu leisten. Es stellte auf Grund der Lohnauskünfte fest, der Vater beziehe ein monatliches Durchschnittsnettoeinkommen von EUR 1.904,83 aus seiner unselbstständigen Tätigkeit. Auf Grund der zeugenschaftlichen Einvernahme eines ehemaligen Vorstandsmitglieds des Sportvereins stehe fest, dass der Vater im Rahmen seiner Sporttrainertätigkeit in den Jahren 2001 und 2002 Honorare für Werbungen in Höhe von je EUR 1.500 bezogen habe und weiterhin beziehe. Da der Sportverein ein „bekannter Leichtathletikverband“ sei, der mit Sicherheit von verschiedenen „Firmen“ unterstützt werde, sei von nicht unbeträchtlichen Geldflüssen zu Gunsten des Unterhaltspflichtigen auszugehen, zumindest seien diese aber mit EUR 125 pro Monat in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen. Somit erhöhe sich die Unterhaltsbemessungsgrundlage auf monatlich EUR 2.029,83. Weiters stellte das Erstgericht fest, dass der Vater vom Sportverein verschiedene Zuschüsse erhalte, die aber eine reine Aufwandsentschädigung darstellten. Unter Anwendung der sogenannten „Prozentmethode“ setzte das Erstgericht den Unterhalt für die beiden Kinder unter Berücksichtigung der „Transferleistungen“ fest.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Vaters nicht Folge und sprach letztlich aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Zwar rüge der Rekurswerber zu Recht, dass ihm das Ergebnis der Einvernahme eines Zeugen vor Ergehen der Entscheidung nicht zur Stellungnahme vorgelegt worden sei. Allerdings könne auch nach der neuen Rechtslage derjenige, dem im Verfahren erster Instanz das rechtliche Gehör nicht ausreichend gewährt worden sei, auf Grund der Neuerungserlaubnis sein Vorbringen und auch seine Stellungnahme zu bereits erzielten Verfahrensergebnissen im Rekurs nachtragen. Sei selbst bei Berücksichtigung zulässiger Neuerungen der angefochtene Beschluss zur Gänze zu bestätigen, habe das Rekursgericht - auch wenn einer Partei das rechtliche Gehör im Verfahren erster Instanz nicht gewährt worden sei - den Beschluss nicht aufzuheben, sondern selbst in der Sache zu entscheiden (§ 58 Abs 1 Z 1 AußStrG). Selbst unter Berücksichtigung der Rekursausführungen bestünden aber keine Bedenken gegen die Tatsachenfeststellungen zum Zusatzeinkommen des Vaters. Durch das Rekursvorbringen, die Aussage des Zeugen sei „fälsch interpretiert“ worden und der Zeuge verfüge über einen „falschen Informationsstand“, habe die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht erschüttert werden können. Zwar lege der Rekurswerber wiederholt dar, eine Ergänzung des Beweisverfahrens bzw zusätzliche Beweisaufnahmen würden ergeben, dass er keine Sponsorengelder bezogen habe, er führe aber gar nicht aus, welche zusätzlichen Beweisaufnahmen das Erstgericht zu diesem Thema hätte durchführen sollen. Die im Rekurs erstmals aufgestellte Behauptung, der Rekurswerber habe im Zusammenhang mit seiner Trainertätigkeit Aufwendungen, welche die Geldzuwendungen des Vereins bei weitem übersteigen würden, sowie die zum Beweis dafür vorgelegte schriftliche Bestätigung des Vereins seien als unzulässige Neuerungen nicht zu berücksichtigen. Es sei vom anwaltlich vertretenen Rekurswerber nicht vorgebracht worden, dass und aus welchen Gründen es ihm nicht möglich gewesen wäre, bereits in erster Instanz diese Behauptungen aufzustellen bzw die Urkunde vorzulegen. Dies treffe in gleicher Weise auf eine mit dem Rekurs vorgelegte Bestätigung zu, wonach die aus der unselbstständigen Tätigkeit stammende Aufwandsentschädigung vom Dienstgeber mit Ablauf des 31. 12. 2004 eingestellt worden sei. Da der Unterhaltspflichtige nicht nachgewiesen habe, dass die vom Erstgericht festgestellten Aufwandsätze und Reisekostenentschädigungen zu mehr als der Hälfte der tatsächlichen Abdeckung berufsbedingten Mehraufwands dienen würden, seien sie im Zweifel zur Hälfte in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen gewesen. Die Erschwerniszulage sei hingegen zur Gänze in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzurechnen.

Der Revisionsrekurs des Vaters ist zulässig, aber nicht berechtigt.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der Vater rügt die Verletzung des rechtlichen Gehörs mit dem Vorbringen, es seien ihm entscheidungswesentliche Beweisergebnisse nicht zur Stellungnahme vorgelegt worden. Wenngleich das Rekursgericht die Auffassung vertrete, dass er seine Stellungnahme noch im Rahmen des Rekurses hätte nachholen können, habe das Rekursgericht die mit dem Rekurs vorgelegten diesbezüglichen Urkunden unter Hinweis auf das Neuerungsverbot nicht berücksichtigt. Tatsächlich sei seine Tätigkeit beim Sportverein mit einem wesentlichen finanziellen und arbeitsmäßigen Einsatz verbunden; der daraus resultierende Aufwand sei bei weitem höher als allenfalls erhaltene „Vereinsgelder“. Zu Unrecht seien geringfügige Zahlungen des Vereins als Verdienst gewertet worden. Zudem komme der vorgelegten schriftlichen Bestätigung des derzeitigen Vereinsvorstands maßgebliche Bedeutung zu als der Aussage eines Zeugen, der seit dem Jahre 2001 nicht mehr Mitglied des Vereinsvorstands sei. Durch die ergänzende Einvernahme des Vaters und weitere Beweismittel hätte dargetan werden können, dass die Vereinsstätigkeit rein ehrenamtlich sei. Dies hätte zu einer Verminderung der Unterhaltsbemessungsgrundlage geführt.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Unterlassung der Anhörung eines Verfahrensbeteiligten zu einzelnen Verfahrensergebnissen nur dann einen Nichtigkeitsgrund darstellt, wenn der Partei bei der Gewinnung der entscheidungswesentlichen Tatsachengrundlagen die Mitwirkung am Verfahren verweigert wurde

(EFSIlg 67.266; 4 Ob 1527/95 uva). Dies ist hier vorweg nicht der Fall, da der Revisionsrekurswerber zu den von ihm erzielten Gesamteinkünften (als Beamter und als Sporttrainer) mehrmals ausführlich einvernommen und ihm jeweils Gelegenheit geboten wurde, sich zu den von der Mutter behaupteten Einkünften als Sporttrainer, insbesondere zu dem von ihr vorgebrachten Bezug von Sponsorengeldern und Werbeeinnahmen zu äußern und Beweise anzubieten. Nur in einem Teilbereich, nämlich hinsichtlich der Einkünfte aus Werbeeinnahmen bzw Sponsorengeldern folgte das Erstgericht letztlich nicht den (derartige Einkünfte verneinenden) Angaben des Vaters, sondern erachtete die Zeugenaussage eines ehemaligen Mitglieds des Vereinsvorstands für glaubwürdiger, ohne das Ergebnis dieser Zeugenaussage dem Revisionsrekurswerber vor der Entscheidung zur Kenntnis zu bringen. Wird aber eine Partei - wie hier - nur zu einzelnen Beweisergebnissen nicht (nochmals) gehört, ohne dass ihr die Mitwirkung am Verfahren verweigert wird, stellt dies keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehörs dar (RIS-Justiz RS0006002). Dass jeder Partei der Inhalt aller Erhebungen detailliert zur Kenntnis gebracht wird, ist nicht erforderlich (SZ 69/20 mwN.; 7 Ob 100/00g uva) und unter Bedachtnahme auf den Grundsatz der gebotenen Verfahrenskonzentration und -beschleunigung auch unzulässig. Eine derartige Unterlassung ist lediglich als Verfahrensmangel zu qualifizieren. Dass § 15 AußStrG (nF) ein neues Verständnis der Gewährung des rechtlichen Gehörs beinhaltet, das dazu führen müsste, die bisherige Rechtsprechung nicht mehr aufrecht zu erhalten, ist nicht erkennbar. In § 15 AußStrG wurde die Sicherstellung des rechtlichen Gehörs lediglich „festgeschrieben“, ohne dass starre Verfahrensregeln vorgesehen wurden. Die Art und der Zeitpunkt der Einräumung des rechtlichen Gehörs sind weiterhin nicht strikt vorgeschrieben, sondern dem freien Ermessen des Richters oder Rechtspflegers überantwortet (Fucik/Kloiber, AußStrG, Einleitung, 15). Das rechtliche Gehör wurde hier auch dadurch gewahrt, dass im Rekurs zu den Beweisergebnissen Stellung genommen werden konnte (8 Ob 122/02b; 7 Ob 141/03s; RIS-Justiz RS0006057). Die diesbezügliche Stellungnahme des Rekurswerbers wurde vom Rekursgericht inhaltlich geprüft; auf Grund des Ergebnisses dieser Prüfung wurde eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz verneint. Behauptete Mängel des Verfahrens erster Instanz, die das Rekursgericht inhaltlich behandelte und verneinte, konnten nach der herrschenden Rechtsprechung zu § 15 AußStrG aF in dritter Instanz nicht mehr geltend gemacht werden (EFSIlg 70.385; 82.862 uva). Diese Rechtsprechung hat auch nach Inkrafttreten des AußStrG BGBl I 2003/111 (welches auf den vorliegenden Fall gemäß § 203 Abs 7 AußStrG nF bereits anwendbar ist) weiterhin Gültigkeit:

§ 66 AußStrG nF über die Revisionsrekursgründe entspricht im Wesentlichen § 15 AußStrG aF (Fucik/Kloiber, aaO, § 66 Rz 1). Nach § 66 Abs 1 Z 2 AußStrG nF kann in einem Revisionsrekurs nur geltend gemacht werden, dass das Rekursverfahren an einem Mangel leidet, der eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache zu hindern geeignet war. Vom Rekursgericht verneinte Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens können somit auch nach dem neuen Recht nicht zum Gegenstand der Bekämpfung der rekursgerichtlichen Entscheidung gemacht werden; derartige Mängel sind nicht mehr mit Erfolg aufgreifbar (Fucik/Kloiber, aaO, § 66 Rz 3; vgl RIS-Justiz RS0030748, RS0050037; 4 Ob 135/05i). Die diesen Grundsatz einschränkende, von der Rechtsprechung entwickelte Negativvoraussetzung, „sofern eine Durchbrechung dieses Grundsatzes nicht aus Gründen des Kindeswohls erforderlich ist“, die im Regelfall nur in Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren anwendbar ist, kann im vorliegenden Unterhaltsbemessungsverfahren schon deshalb nicht maßgeblich sein, weil der Vater mit seinem ergänzenden Vorbringen zu Ungunsten der unterhaltsberechtigten Kinder eine Verringerung der ihn treffenden Unterhaltspflichten anstrebt.

Die vom Rekursgericht bei dessen Zulässigkeitsausspruch aufgeworfene Frage, ob nach der neuen Rechtslage vom Rekursgericht verneinte schwere Verfahrensverstöße im Sinne des § 58 Abs 1 Z 1 AußStrG nF, als Revisionsrekursgründe an den Obersten Gerichtshof herangetragen werden könnten, stellt sich hier nicht, weil ein derartiger Verstoß nicht vorliegt.

Die vom Revisionsrekurswerber weiters behauptete Mangelhaftigkeit liegt ebenfalls nicht vor: Selbst wenn die Einstellung der Aufwandsentschädigung mit 31. 12. 2004 zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung (10. 1. 2005) tatsächlich noch nicht bekannt gewesen sein sollte, musste das Rekursgericht die diesbezüglich mit dem Rekurs vorgelegte Bestätigung nicht als zulässige Neuerung behandeln, kann dieser Umstand doch ohne wesentliche Nachteile zum Gegenstand eines neuen (Herabsetzungs-)Antrags gemacht werden (§ 49 Abs 3 AußStrG nF).

Auch eine der Rekursentscheidung anhaftende Aktenwidrigkeit ist zu verneinen:

Eine solche könnte nur in einem Widerspruch zwischen den Feststellungen und dem Akteninhalt bestehen, ein Revisionsrekursvorbringen in dieser Richtung fehlt aber. Das Vorbringen, wie eine schriftliche Stellungnahme und eine Zeugenaussage zu werten gewesen wäre, vermag jedenfalls keine Aktenwidrigkeit aufzuzeigen. Soweit diese Revisionsrekursausführungen inhaltlich als Beweisrüge aufzufassen sind, ist darauf nicht Bedacht zu nehmen, da Tatsachenfeststellungen mit Revisionsrekurs nicht bekämpfbar sind (SZ 69/20; RIS-Justiz RS0007236).

Dass Aufwands- und Reisekostenentschädigungen im Zweifel zur Hälfte in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen sind, es sei denn der Unterhaltspflichtige weist nach, dass sie zu mehr als der Hälfte der Abdeckung berufsbedingten Mehraufwands dienen, entspricht der ständigen Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0047442; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>3</sup>, 59 mwN). Eine unrichtige rechtliche

Beurteilung erblickt der Revisionsrekurswerber darin, dass ihm die Vorinstanzen niemals zu erkennen gegeben hätten, er sei in diesem Sinn für die seine Unterhaltspflicht aufhebenden oder mindernden Umstände beweispflichtig. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Revisionsrekurswerber im Verfahren erster Instanz ohnedies vorgebracht und unter Vorlage von schriftlichen Bestätigungen den Beweis angetreten hat, die ihm gewährten Unterstützungen (Fahrtspesen, Zuschüsse für Trainingslager und Wettkämpfe) stellten reine Aufwandsentschädigungen dar. Den Bezug jeglicher darüber hinausgehender Einkünfte aus seiner Vereinstätigkeit bestritt der Revisionsrekurswerber jedoch ausdrücklich. Bei dieser Verfahrenssituation bestand keine Verpflichtung, darauf hinzuweisen, für den Fall, dass doch weitere Einkünfte im Sinn von Aufwandsentschädigungen, Zuschüssen etc festgestellt werden sollten, auch diesbezüglich der Beweis offen stünde, diese würden mehr als zur Hälfte der Abdeckung berufsbedingten Mehraufwands dienen. Grundsätzlich sind auch im Bereich des vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahrens außer Streitsachen subjektive Behauptungs- und Beweislastregeln jedenfalls dann heranzuziehen, wenn - wie in Unterhaltsstreitigkeiten - über vermögensrechtliche Ansprüche, in denen sich die Parteien in verschiedenen Rollen gegenüberstehen, zu entscheiden ist (RIS-Justiz RS0006261). Wenn nunmehr mit dem Revisionsrekurs Bestätigungen und Rechnungen vorgelegt werden, wonach auch die weiters festgestellten Einkünfte nur zur Abdeckung von Fahrtkosten und sonstigen mit der Trainertätigkeit verbundenen Aufwendungen dienen, widerspricht dies dem im Revisionsrekursverfahren herrschenden Neuerungsverbot (§ 66 Abs 2 AußStrG).

Erschwerniszulagen sind nach überwiegender Rechtsprechung zumindest beim Bezug aus einer Erwerbstätigkeit wie der des Revisionsrekurswerbers zur Gänze in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen (siehe nur EFSIg 92.108 uva). Dass deren Einbeziehung auf Grund bestimmter Umstände nur zur Hälfte geboten gewesen wäre (vgl EFSIg 92.109), hätte der Vater behaupten und beweisen müssen.

Der Revisionsrekurs erweist sich somit als nicht berechtigt.

Im Verfahren über Unterhaltsansprüche eines minderjährigen Kindes findet ein Kostenersatz jedenfalls nicht statt (§ 101 Abs 2 AußStrG).

**Redaktioneller Hinweis:** Im obigen Text wurden jene Passagen **färbig** hervorgehoben, die für den Autor von [www.alimente-berechnung.at](http://www.alimente-berechnung.at) wesentlich erscheinen. Besuchen Sie auch die neue Webpräsenz des Autors: Unter [www.alimente.wien](http://www.alimente.wien) finden Sie die neuesten Judikaturen im Zusammenhang mit Kindesunterhalt. Unter [www.alimente.wien/Einkommensbestandteile](http://www.alimente.wien/Einkommensbestandteile) finden Sie eine Auflistung von Einkommensbestandteilen und Zuwendungen, die in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen sind. Bitte beachten Sie die [Nutzungsbedingungen](#) und den [Haftungsausschluss](#).