

## **Gericht**

OGH

## **Entscheidungsdatum**

05.06.1991

## **Geschäftszahl**

1Ob564/91

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hofmann, Dr. Schlosser, Dr. Graf und Dr. Schiemer als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj. Matthias P\*\*\*\*\*, geboren am 18. Februar 1981, infolge ao Revisionsrekurses der Mutter Brigitte P\*\*\*\*\*, gegen den Beschluß des Landesgerichtes St. Pölten als Rekursgericht vom 5. September 1990, GZ R 523/90-83, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Waidhofen an der Ybbs vom 23. Juli 1990, GZ P 7/90-80, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben. Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

## **Text**

### **Begründung:**

Die Ehe der Eltern wurde mit Beschluß des Bezirksgerichtes St. Pölten vom 18.3.1986, 2 Sch 15/86-3, einvernehmlich geschieden. Mit pflegschaftsbehördlich genehmigtem Vergleich vom 21.12.1989 vereinbarten die Eltern und die väterlichen Großeltern, daß die Obsorge für das Kind den väterlichen Großeltern übertragen werde. Die Mutter arbeitet seit Dezember 1989 halbtags als kaufmännische Angestellte. Sie erzielt ein monatliches Nettoeinkommen von S 5.300. Sie versorgt in ihrem Haushalt ihre beiden Kinder aus erster Ehe. Der 18jährige Helfried ist im 3. Lehrjahr als Koch beschäftigt, die 15jährige Belinda hat im Schuljahr 1989/1990 den Polytechnischen Lehrgang beendet.

Die obsorgeberechtigten Großeltern beantragten, die Mutter ab 1.1.1990 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von S 2.480 zu verhalten.

Das Erstgericht setzte den Unterhalt mit monatlich S 700 fest, das Mehrbegehren wies es unangefochten ab. Es stellte fest, der Vater sei bis 17.5.1990 beim \*\*\*\*\* als Portier beschäftigt gewesen. Wegen des zu geringen Verdienstes habe er dieses Arbeitsverhältnis aufgekündigt. Seit 2. Juli 1990 sei er in Amtstetten als Lagerarbeiter beschäftigt und verdiene monatlich voraussichtlich etwa S 10.000. Der Vater wohne zusammen mit dem Kind im Haushalt seiner Eltern. Er leiste für das Kind sowohl Geld- als auch Naturalunterhalt.

Dieser Beschluß wurde der Mutter am 30.7.1990 durch Hinterlegung zugestellt. Wie der Oberste Gerichtshof erhob, war die Mutter infolgeurlaubes vom 28.7. bis 11.8.1990 ortsabwesend. Ihr am 17.8.1990 zur Post gegebener Rekurs war daher rechtzeitig.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Mutter nicht Folge. Den ordentlichen Revisionsrekurs erklärte es nicht für zulässig. Das Kind befinde sich nicht im Haushalt eines Elternteiles. Der Vater habe daher den Unterhalt nicht allein, sondern anteilig mit der Mutter zu leisten. Bei Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Mutter sei von ihrem

Einkommen als Halbtagskraft auszugehen. Es sei ihr auf Grund der persönlichen Betreuung der Kinder aus erster Ehe nicht zumutbar, einer ganztägigen Beschäftigung nachzugehen. Nach der Judikatur sei das Einkommen eines Elternteiles bei einer Sorgspflicht für ein sechs- bis zehnjähriges Kind mit 18 % belastbar. Davon könne im vorliegenden Fall bei der Mutter kein weiterer Abzug wegen der Sorgpflichten für die älteren Kinder gemacht werden, weil diese Sorgpflichten sonst sowohl durch die Berücksichtigung lediglich einer Halbtagsbeschäftigung als auch durch einen Abzug von der Prozentkomponente berücksichtigt würden. Um den Bedarf des Minderjährigen von S 2.550 zu decken, müßte der Vater daher S 1.850 monatlich Unterhalt zahlen. Der Vater trage dann etwa im gleichen Verhältnis wie die Mutter zum Unterhalt des Kindes bei, weil durch den Betrag von S 1.850 seine Leistungsfähigkeit mit einem ähnlichen Prozentsatz ausgenützt werde wie die Leistungsfähigkeit der Mutter. Dies sei bis zu einem durchschnittlichen monatlichen Einkommen von etwa S 14.000 gegeben. Der Vater übe den Beruf eines Lagerarbeiters aus. Ein solcher Beruf ermögliche keinesfalls die Erzielung eines überdurchschnittlichen Einkommens. Es könne daher davon ausgegangen werden, daß der Vater nicht mehr als S 14.000 netto monatlich verdiene, so daß er durch den auf ihn fallenden Anteil des Durchschnittsbedarfes etwa im selben Verhältnis zum Unterhalt des Kindes beitrage wie die Mutter.

Der Revisionsrekurs der Mutter ist zulässig und berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gemäß § 140 ABGB haben die Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes nach ihren Kräften anteilig beizutragen. Die Obsorge für das Kind steht den väterlichen Großeltern zu. Kein Elternteil leistet demnach im Sinn des § 140 Abs.2 ABGB seinen Beitrag durch die Betreuung des Kindes. Anteilig bedeutet, daß jeder Elternteil unter Berücksichtigung seiner eigenen Leistungsfähigkeit zum Unterhalt des Kindes beizutragen hat (Pichler in Rummel<sup>2</sup> Rz 7 zu § 140; Schlemmer/Schwimann, ABGB Rz 76 zu § 140). Wenn gegen beide Elternteile nicht ein gemeinsamer Titel geschaffen wird, ist das Vorbringen jedes Teiles, die Kräfte des anderen seien noch nicht ausgeschöpft, beachtlich (Pichler aaO). In einem solchen Fall sind dann jedenfalls Feststellungen über die Leistungsfähigkeit beider Elternteile zu treffen. Das verabsäumten die Vorinstanzen. Annahmen, daß das Einkommen des Vaters wohl nicht mehr als S 14.000 monatlich betragen werde, ersetzen nicht konkrete Feststellungen, wieviel der Vater derzeit verdient oder unter Anspannung seiner Kräfte verdienen könnte.

Steht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch des Vaters fest, sind die Unterhaltsquoten der Eltern nach ihrer Leistungsfähigkeit zu bestimmen. Der von den Vorinstanzen herangezogene Methode, den Unterhalt nach jenen Prozentsätzen zu bestimmen, die angemessen wären, würde der andere Elternteil seinen Beitrag durch die Betreuung des Kindes leisten, wird dem Grundgedanken der anteiligen Tragung des Unterhaltes nicht gerecht. Diese schematische Betrachtungsweise könnte dazu führen, daß Unterhaltsschuldner mit unterschiedlich hohem Einkommen in ihren Möglichkeiten der Lebensführung ungleich behandelt würden. Die Gesamtbeurteilung hat vielmehr derart zu erfolgen, daß alle Beteiligten in etwa gleichem Maße in der Lage sein sollen, ihre Bedürfnisse zu befriedigen (Schlemmer/Schwimann aaO Rz 18). Anteilige Heranziehung bei verschiedener großer Leistungsfähigkeit bedeutet dann aber, daß vor der Aufteilung die für den eigenen Unterhalt erforderlichen Beträge von der Bemessungsgrundlage abgezogen und danach erst die für den zu ermittelnden Gesamtunterhaltsbedarf erforderlichen Beträge im Verhältnis der Restsummen aufgeteilt werden (FamRZ 1986, 153, 154; Kalthoener-Büttner, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts<sup>4</sup> Rz 836; Soergel-Häberle<sup>12</sup> Rz 5 zu § 1606 BGB; Köhler in Münchener Kommentar<sup>2</sup> Rz 16 zu § 1606 BGB). Soweit die Revisionsrekurswerberin in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Rekursgerichtes bekämpft, die Kreditraten wären, weil sie zur Wohnungsverbesserung dienen, vorweg abzuziehen, kann ihr nicht gefolgt werden. Diese Beurteilung entspricht der ständigen Rechtsprechung der Rekursgerichte (LGZ Wien, EFSIlg.59.256, 50.775, 45.326, 43.030; Schlemmer/Schwimann aaO Rz 65), die auch vom erkennenden Senat gebilligt wird. Sollte auf Grund dieser Berechnungsmethode der Unterhalt des Kindes dadurch nicht gedeckt werden können, käme vorerst nach § 141 ABGB die subsidiäre Unterhaltspflicht der Großeltern, denen allerdings im Gegensatz zu den Eltern gemäß § 141 Schlußsatz ABGB die Einwendung zusteht, daß unter Berücksichtigung ihrer sonstigen Sorgpflichten der eigene angemessene Unterhalt gefährdet wäre (Pichler in Rummel<sup>2</sup> Rz 4 zu § 140, Rz 5 zu § 141), zum Tragen.

**Redaktioneller Hinweis:** Im obigen Text wurden jene Passagen farblich 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. Informationen zur Unterhaltsberechnung bei Drittpflege / Eigenpflege im Zuge eines Beratungsgesprächs finden Sie unter [www.alimente.wien/Unterhaltsberechnung](http://www.alimente.wien/Unterhaltsberechnung). Bitte beachten Sie die [Nutzungsbedingungen](#) und den [Haftungsausschluss](#).