

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

28.01.1997

**Geschäftszahl**

5Ob3/97w

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Klinger als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Schwarz, Dr.Floßmann, Dr.Baumann und Dr.Hradil als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj. Kinder Martin und Wolfgang L\*\*\*\*\*, beide geboren am 24.Jänner 1979, beide in Obsorge des Vaters Dipl.Ing.Gerhard L\*\*\*\*\*, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der Mutter Irene L\*\*\*\*\*, vertreten durch DDr.Hans Esterbauer, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen den Beschluß des Landesgerichtes Wels als Rekursgericht vom 6.November 1996, GZ 21 R 453/96h-41, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Gmunden vom 29. Juli 1996, GZ 1 P 3205/95g-38, abgeändert wurde, den

**Beschluß**

gefaßt:

**Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

**Text****Begründung:**

Die Ehe der Eltern wurde mit Beschluß des Bezirksgerichtes Gmunden vom 30.1.1995 im Einvernehmen geschieden. Mit Vergleich vom selben Tag wurde die Obsorge über Martin und Wolfgang L\*\*\*\*\* und den damals noch mj. weiteren Sohn Stefan L\*\*\*\*\*, geboren am 7.11.1976, an die Mutter übertragen. Der Vater verpflichtete sich zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts von S 4.500 je Kind ab Februar 1995. Außerdem verpflichtete er sich zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts an die Mutter im Ausmaß von 33 % seines monatlichen Nettoeinkommens. Falls die Mutter berufstätig sein sollte, verpflichtete er sich zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts von 40 % des Nettoeinkommens abzüglich des eigenen Einkommens der Mutter. Für jede Unterhaltsverpflichtung des Vaters gegenüber einem Kind sollten sich diese Prozentsätze um 4 % verringern. Mieteinnahmen der Mutter sind nach der Vereinbarung auf ihren Unterhalt nicht anzurechnen. Im Rahmen der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse verblieb die ehemalige Ehwohnung, eine Mietwohnung in A\*\*\*\*\*, der Mutter. Die damals lastenfreie Eigentumswohnung der Eltern in L\*\*\*\*\* erhielt ebenfalls die Mutter, die dem Vater dafür eine Ausgleichszahlung von mindestens S 780.000 zu erbringen hatte.

Wegen Schwierigkeiten, die die Mutter mit den Kindern hatte, wurde mit Beschluß des Erstgerichtes vom 21.9.1995 die Obsorge über die drei Söhne dem Vater übertragen. Dieser beantragte die Verpflichtung der Mutter zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts von je S 2.500 für Martin und Wolfgang ab 1.10.1995. Er brachte hiezu vor, daß die Mutter ein monatliches Nettoeinkommen von rund S 12.000 erzielen könnte.

Außerdem beziehe sie Mieteinkünfte von monatlich S 4.500 zuzüglich 10 % USt, die ebenfalls in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzurechnen seien. Schließlich habe sie ihm gegenüber einen Unterhaltsanspruch von monatlich rund S 10.000, sodaß ihr die Zahlung eines monatlichen Unterhalts von S 2.500 je Kind zugemutet werden könne.

Die Mutter wendete ein, daß sie eine ihrer Ausbildung entsprechende Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt trotz Bemühungen nicht habe finden können. Sie sei daher gezwungen gewesen, eine Halbtagsbeschäftigung als Spielwarenverkäuferin anzutreten, und verdiene als solche nur S

5.235 netto. Sie habe bis Anfang Oktober 1995 alle drei Kinder in ihrem Haushalt betreut. Den Sohn Stefan, der in Innsbruck studiere, betreue sie nach wie vor an den Wochenenden. Sie beziehe zwar Mieteinkünfte aus der Vermietung der Eigentumswohnung in L\*\*\*\*\*, habe jedoch aus der Finanzierung der Ausgleichszahlung von S 1.027.500 an den Vater monatliche Kreditrückzahlungen von S 4.244 zu leisten. Außerdem habe sie für ihre Mietwohnung monatlich S 6.875 Miete, S

1.200 Betriebskosten und rund S 2.000 Heizkosten zu zahlen. Die Söhne Martin und Wolfgang hätten während der Zeit, während der sie bei ihr wohnten, absichtlich Schäden verursacht, deren Behebung rund S 50.000 gekostet habe bzw koste. Die ihr daraus zustehende Schadenersatzforderung wende sie aufrechnungsweise gegen die Unterhaltsforderung ein. Im übrigen habe der Vater ein Nettoeinkommen von rund S 56.000 und könne daher die Söhne Martin und Wolfgang allein erhalten, zumal er auch noch eine Ausgleichszahlung von S 1.027.500 erhalten habe.

Das Erstgericht wies den Antrag des Vaters ab. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Martin und Wolfgang leben im Haushalt des Vaters und werden von ihm betreut. Stefan studiert seit dem Wintersemester 1995/96 an der Universität Innsbruck. Er wird von der Mutter in ihrem Haushalt betreut. Die Mutter war seit Juni 1995 bis Ende 1995 als Angestellte bei der Firma H\*\*\*\*\* in R\*\*\*\*\* beschäftigt. Seit 1.1.1996 arbeitet sie bei der Firma W\*\*\*\*\* als kaufmännische Angestellte. Ab September 1995 bis Ende Dezember 1995 verdiente sie im Monatsdurchschnitt S

6.118 netto, seit 1.1.1996 S 6.864 netto, und zwar jeweils einschließlich der anteiligen Sonderzahlungen. Aus der Vermietung ihrer Eigentumswohnung in L\*\*\*\*\* erzielt sie monatliche Mieteinkünfte von S 4.500 zuzüglich 10 % Umsatzsteuer. Die Liegenschaft ist mit einem Pfandrecht der Creditanstalt-Bankverein über S 522.500 belastet. Zur Tilgung dieses Kredits zahlt die Mutter seit September 1995 monatliche Rückzahlungsraten von S 4.244. Der Vater ist als Chemiker bei der Firma I\*\*\*\*\* in L\*\*\*\*\* beschäftigt. 1995 erzielte er dort ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von rund S 56.000. Für den Sohn Stefan zahlt er einen monatlichen Unterhalt von S 5.000. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Gmunden vom 17.5.1996, 1 C 126/95s-7, wurde der Vater verpflichtet, der Mutter einen monatlichen Unterhalt von S 10.467 ab 1.2.1996 zu bezahlen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, daß die Mutter nicht auf ein höheres Einkommen angespannt werden könne, weil ihr aufgrund ihres Alters und des langen Zeitraums, während dessen sie den ehelichen Haushalt geführt und die Kinder betreut habe, ein Wiedereinstieg in ihren erlernten Beruf nicht möglich sei. Wegen der ungünstigen Arbeitsmarktlage habe sie ihre Lohnerwartungen zurückstecken müssen. Es könne ihr daher eine Unterhaltsleistung an die beiden Kinder Martin und Wolfgang nicht zugemutet werden.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des obsorgeberechtigten Vaters Folge, änderte die erstgerichtliche Entscheidung dahin ab, daß die Mutter zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts für Martin und Wolfgang von je S 2.500 ab 1.10.1995 verpflichtet wurde, und erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs - mangels der Voraussetzungen des § 14 Abs 1 AußStrG - für nicht zulässig. Es stellte ergänzend zum bzw abweichend vom durch das Erstgericht festgestellten Sachverhalt folgendes fest:

Der bereits großjährige Sohn Stefan lebte auch nach Zuteilung der Obsorge an den Vater nie in dessen Haushalt. Seit er im Wintersemester 1995/96 an der Universität Innsbruck mit dem Studium der Medizin begann, kommt er in Abständen von 14 Tagen an den Wochenenden nach Hause und wird während dieser Zeit ausschließlich von der Mutter versorgt. Sie kocht für ihn und versorgt seine Kleidung und Wäsche. Die Mutter ist ausgebildete Chemotechnikerin mit HTL-Abschluß. Nach der Scheidung war es ihr trotz ihrer Bemühungen nicht möglich, im erlernten Beruf wieder Fuß zu fassen. In dieser Sparte herrscht ein gravierender Arbeitsstellenrückgang und es finden auch jüngere Arbeitskräfte und HTL-Abgänger keine Beschäftigung. Die Mutter ist jedoch gewillt, auch minderqualifizierte Arbeiten anzunehmen. Bei den angeführten Beschäftigungen der Mutter bei der Firma H\*\*\*\*\* und der Firma W\*\*\*\*\* handelte es sich um Halbtagsbeschäftigungen, wobei die Mutter ursprünglich

bis Juli 1995 ganztägig beschäftigt war. Ihre Arbeitszeit wurde jedoch dann vom Chef unter Androhung der Kündigung auf eine Halbtagsbeschäftigung reduziert. Beide Firmen, bei denen sie beschäftigt war, gehören zur selben Firmengruppe. Die Mutter ist mittlerweile nach S\*\*\*\*\*, übersiedelt und seit 2.8.1996 arbeitslos. Sie bezieht derzeit bis voraussichtlich Ende Dezember 1996 ein Arbeitslosengeld von S 174,10 täglich.

Rechtlich führte das Rekursgericht folgendes aus:

Entgegen der Ansicht des Vaters könne die Mutter nicht auf ein höheres Erwerbseinkommen angespannt werden. Dabei sei zu berücksichtigen, daß sie während der aufrechten Ehe den Haushalt geführt und die Kinder betreut und daher lange Zeit keinen Beruf ausgeübt habe. Es sei nachvollziehbar, daß die 48 Jahre alte Mutter aufgrund dieser Umstände kaum die Möglichkeit haben werde, in ihrem ursprünglichen Beruf als Chemotechnikerin eine Beschäftigung zu finden. Unter Berücksichtigung der derzeitigen Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt könne nicht davon ausgegangen werden, daß es ihr in der Vergangenheit möglich gewesen wäre, ein höheres als das festgestellte Erwerbseinkommen zu erzielen. Nunmehr sei sie seit Anfang August 1996 arbeitslos und es gebe keine Hinweise darauf, daß sie sich nicht um die Wiedererlangung einer Beschäftigung bemühen würde. Im übrigen sei es für die Beurteilung des geltend gemachten Unterhaltsanspruches der Kinder Martin und Wolfgang auch unerheblich, ob die Mutter allenfalls mehr verdienen könnte. Es stehe nämlich fest, daß der Vater mit rechtskräftigem Urteil verpflichtet worden sei, der Mutter ab 1.2.1996 einen monatlichen Unterhalt von S 10.467 zu zahlen. Aufgrund der Bestimmungen des bei der Scheidung abgeschlossenen Vergleichs vom 30.1.1995 sei davon auszugehen, daß der Vater bei den festgestellten Einkommensverhältnissen der Eltern auch im Zeitraum vor dem 1.2.1996 zu einer Unterhaltsleistung von rund S 10.000 monatlich an die Mutter verpflichtet gewesen sei. Da grundsätzlich jedes Vermögen, das dem Unterhaltspflichtigen als Grundlage für seine Lebensführung diene, bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen sei, seien die der Mutter aufgrund ihres Unterhaltsanspruchs gegen den geschiedenen Gatten zustehenden Unterhaltsbeträge bei Festsetzung des Unterhalts für beim Vater lebende Kinder in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen. Dafür, daß der Unterhaltsanspruch der Mutter gegenüber dem Vater nicht einbringlich sei bzw gewesen sei, gebe es keine Anhaltspunkte. Gemäß § 140 Abs 1 ABGB hätten beide Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen. Das bedeute, daß der Unterhaltspflichtige im Interesse seiner Kinder alle persönlichen Fähigkeiten so gut wie möglich einzusetzen habe. Dazu gehöre eine Lebenshaltung, derzufolge sich der unterhaltspflichtige Elternteil im Fall der Notwendigkeit hiezu auch strengsten finanziellen Einschränkungen zu unterziehen habe. Wenn man nun zum Einkommen der Mutter seit Oktober 1995 bis Dezember 1995 von monatlich S 6.118 ihren Unterhaltsanspruch von rund S 10.000 dazu rechne, ergebe sich eine Bemessungsgrundlage von rund S 16.000. Nach der Rechtsprechung gebühre über 15 Jahre alten Kindern ein Unterhalt von 22 % der Bemessungsgrundlage. Für jede weitere Sorgspflicht des Unterhaltspflichtigen seien von diesem Prozentsatz bei über 10 Jahre alten Kindern zwei Prozentpunkte abzuziehen. Der Unterhaltsanspruch der Kinder Martin und Wolfgang würde unter Berücksichtigung der weiteren Sorgpflicht der Mutter für den mj. Stefan daher je 18 % der Bemessungsgrundlage betragen, das wären rund S 2.900. Ähnliche Beträge ergäben sich auch für die Zeit ab Jänner 1996. Selbst nach Eintritt der Arbeitslosigkeit der Mutter im August 1996 betrage die Unterhaltsbemessungsgrundlage noch S 15.690 (S 10.467 Unterhalt plus S 5.223 Arbeitslosengeld), woraus sich ein Unterhaltsanspruch von S

2.800 ergeben würde. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Vater im Vergleich zur Mutter über ein beträchtlich höheres Einkommen verfüge, was zu einer billigen Berücksichtigung bei der Ausmittlung des der Mutter aufzuerlegenden Unterhaltsbetrages in der Form führen könne, daß ihr nicht ein Unterhalt in Höhe der vollen Prozentsätze, die üblicherweise von den Gerichten als Orientierungshilfe herangezogen würden, auferlegt werde, seien die vom Vater begehrten Unterhaltsbeträge von monatlich S 2.500 je Kind durchaus angemessen. Die Frage, ob auch die Mieteinkünfte der Mutter in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen seien, könne daher im gegebenen Fall auf sich beruhen. Die von der Mutter geltend gemachten Aufwendungen für ihre Mietwohnung könnten als Ausgaben des täglichen Lebens nicht von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abgezogen werden. Die Kreditrückzahlungsraten seien ohnedies durch die Mieteinkünfte abgedeckt. Der von der Mutter erhobenen Aufrechnungseinrede, mit der sie die Aufrechnung mit ihr zustehenden Schadenersatzansprüchen aus von den Kindern absichtlich zugefügten Schäden begehre, sei entgegenzuhalten, daß es im Verfahren außer Streitsachen keine Möglichkeit einer Aufrechnung mit einer Gegenforderung gebe. Auf diese ausdrücklich als verfahrensrechtliche Aufrechnungseinrede formulierte Einwendung sei daher nicht weiter einzugehen.

Gegen diese Rekursentscheidung richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Mutter wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den abweisenden Beschluß des Erstgerichtes wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil die Rechtsprechung zur Einbeziehung von Unterhaltsleistungen Dritter an den Unterhaltsverpflichteten in die Unterhaltsbemessungsgrundlage, auf die sich das Rekursgericht gestützt hat, noch nicht ausreichend gesichert ist; er ist aber nicht berechtigt.

Die Rechtsmittelwerberin macht im wesentlichen geltend, Unterhaltseinnahmen des Unterhaltsverpflichteten seien in die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht einzubeziehen, weil sie der Deckung der Bedürfnisse des Verpflichteten und nicht jener seiner Unterhaltsgläubiger dienen. Dies entspreche der ständigen Rechtsprechung zB EFSlg 71.642. Angesichts der eklatanten Unterschiede der Einkommen der Eltern ent falle die Unterhaltspflicht der Rechtsmittelwerberin; zumindest sei ihr ein zu hoher Unterhaltsbetrag aufgebürdet worden.

## Rechtliche Beurteilung

Hiezu wurde erwogen:

In der vom Rekursgericht zitierten Entscheidung 7 Ob 526/93 = ZfRV 1993, 255 = EFSlg 70.658 wurde ausgesprochen, daß grundsätzlich jedes

"Vermögen", das dem Unterhaltspflichtigen als Grundlage für seine Lebensführung dient, bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen sei; auch ein Unterhaltsanspruch des Verpflichteten gegenüber einem Dritten sei hiebei beachtlich. In 1 Ob 621/93 = NZ 1994, 132 und 4 Ob 456/94 = ÖA 1995, 96 wurde diese Frage ausdrücklich offen gelassen. In ähnlicher Weise wie in 7 Ob 526/93 hatten sich zuvor Leitzenberger (Kann eine einkommenslose Ehefrau zu einer Unterhaltsleistung für ein Kind aus einer früheren Ehe verpflichtet werden? ÖA 1984, 83), Schmidt (Barunterhaltspflicht der wiederverheirateten, einkommens- und vermögenslosen Kindesmutter, RZ 1987, 158) und Pichler in Rummel2 § 140 ABGB Rz 4a mwN geäußert.

Die von der Rechtsmittelwerberin als gegenteilig zitierte Entscheidung 6 Ob 506/93 = EFSlg 71.642 befaßte sich mit der Unterhaltspflicht ein Großvaters gegenüber seinem Enkelkind; in diesem Zusammenhang wurde ausgeführt, die dem Rechtsmittelwerber zur teilweisen Deckung des Unterhaltsbedarfs seiner Tochter, der Mutter des pflegebefohlenen Kleinkindes, auferlegten Unterhaltsleistungen seien ausschließlich zur Deckung der höchstpersönlichen Unterhaltsbedürfnisse der Mutter und nicht auch zur Befriedigung der Unterhaltsbedürfnisse deren Kindes bestimmt. Auch die Entscheidung 6 Ob 554/92 = ÖA 1993, 18 U 68 könnte im Sinne des Standpunktes der Rechtsmittelwerberin verstanden werden. In jüngster Zeit hat weiters Schwimann, Unterhaltsrecht (1996) 38, die Meinung vertreten, gesetzliche Unterhaltszahlungen Dritter an den Verpflichteten seien kein in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehendes Einkommen, weil sie der Deckung der Bedürfnisse des Verpflichteten und nicht jener seiner Unterhaltsgläubiger dienen. Die von ihm in FN 293 hierfür genannten Judikaturnachweise betreffen aber überwiegend Entscheidungen, mit denen eine mittelbare Verpflichtung des Ehepartners, den Unterhalt jener Personen zu decken, für die sein Gatte gesetzlich unterhaltspflichtig ist, verneint wurde; durch solche Pflichten werde der vom Gatten gemäß § 94 Abs 2 ABGB zu leistende Unterhalt nicht erhöht (vgl auch RIS-Justiz RS 0009498).

Hierum geht es im vorliegenden Fall aber gar nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Unterhaltsbeträge, die die Mutter von ihrem Ehegatten für ihren eigenen Unterhalt erhalten hat, zur Erfüllung ihrer Unterhaltsverpflichtung gegenüber ihrem Kind heranzuziehen sind. Es stellt sich somit lediglich die Frage nach einer Verpflichtung der Kindesmutter zur Sparsamkeit und Einschränkung im Rahmen der Befriedigung ihrer persönlichen Bedürfnisse (vgl RIS-Justiz RS 0047694), sodaß sie in die Lage versetzt wird, unter anderem aus den ihr zukommenden Unterhaltsbeiträgen ihres geschiedenen Ehegatten die ihr nach § 140 ABGB obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen. Diese Verwendung empfangener Unterhaltsleistungen für den Unterhalt Dritter berührt nur das Verhältnis zwischen dem gemäß § 140 ABGB unterhaltspflichtigen Ehegatten und seinen Kindern und hat auf die Leistungspflicht des gegenüber diesem Ehegatten Unterhaltspflichtigen keinen Einfluß. Es ist daher die unterhaltsrechtliche Beziehung zwischen den Ehegatten von derjenigen zwischen einem der Ehegatten und seinen Kindern auseinanderzuhalten (Schmidt aaO 159).

Der erkennende Senat folgt im Ergebnis der in 7 Ob 526/93 vertretenen Auffassung: **Zum als Unterhaltsbemessungsgrundlage dienenden Einkommen zählen alle tatsächlich erzielten Einnahmen des Unterhaltspflichtigen in Geld oder geldwerten Leistungen, über die er verfügen kann; ausgenommen sind solche Einnahmen, die der Abgeltung von effektiven Auslagen dienen** (Schwimann aaO; Purtscheller/Salzmänn Rz 222, 230, jeweils mwN). Nach Auffassung des erkennenden Senates besteht kein zwingender Grund,

Unterhaltsempfänge eines Ehegatten aus seinem Einkommen auszuschneiden, wenn es um die gegen ihn gerichteten Unterhaltsansprüche seiner Kinder geht. Um die Abgeltung bestimmter effektiver Auslagen handelt es sich bei diesen Einnahmen nicht. Vielmehr erhöhen auch solche Zuflüsse seine allgemeine Leistungsfähigkeit, weshalb eine "Immunisierung" (vgl Schmidt aaO) dieser Einnahmen gegen Unterhaltsansprüche seiner Kinder nicht sachgerecht wäre.

Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, daß die Unterhaltsempfänge der Mutter vom Rekursgericht zu Recht bei der Bemessung der Unterhaltsansprüche ihrer minderjährigen Kinder in die Bemessungsgrundlage einbezogen wurden.

Richtig ist, daß der Vater im Verhältnis zur Mutter über ein wesentlich höheres Einkommen verfügt. Dennoch ist die rekursgerichtliche Unterhaltsbemessung im konkreten Fall nicht zu beanstanden, weil die begehrten und zugesprochenen Beträge ohnehin merklich unter den sich nach der Prozentsatzmethode ergebenden liegen, der Regelbedarf bei weitem nicht erreicht wird und der Mutter mit der vermieteten, nur zu einem Teil ihres Wertes belasteten Eigentumswohnung auch verwertbares Vermögen zur Verfügung steht.

Dem Revisionsrekurs war somit ein Erfolg zu versagen.

**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/Abzugsposten](http://www.alimente.wien/Abzugsposten) finden Sie eine Auflistung von Abzugsposten, die unterhaltsrechtlich anerkannt sind. Bitte beachten Sie die [Nutzungsbedingungen](#) und den [Haftungsausschluss](#).