

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

05.12.1996

**Geschäftszahl**

6Ob2222/96z

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag.Engelmaier als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kellner, Dr.Schiemer, Dr.Prückner und Dr.Schenk als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj.Kinder Daniela K\*\*\*\*\*, und Nadine K\*\*\*\*\*, über den Revisionsrekurs und den Rekurs der Minderjährigen, vertreten durch die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck als Unterhaltssachwalterin, gegen den Beschluß des Landesgerichtes Wels als Rekursgerichtes vom 3.Juli 1996, GZ 21 R 318/96f-98, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Frankenmarkt vom 10. Mai 1996, GZ 8 P 1842/95z-92, teils bestätigt, teils abgeändert und teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

**Beschluß**

gefaßt:

**Spruch**

Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

**Text****Begründung:**

Die Ehe der Eltern der am 10.Dezember 1985 geborenen Daniela und am 10. Dezember 1990 geborenen Nadine ist geschieden. Die Obsorge kommt der wiederverheirateten Mutter zu. Der am 15.Oktober 1965 geborene Vater der Minderjährigen - der keine weiteren Sorgepflichten hat und kein Vermögen besitzt - erlitt bei einem Verkehrsunfall am 2.Mai 1993 (im folgenden nur Unfall) Verletzungen am linken Kniegelenk bei schon bestehenden Vorschädigungen an beiden Kniegelenken. Insgesamt bestehen - eine dauernde Minderung der Erwerbsfähigkeit von 30 % bedingende - Spät- und Dauerfolgen. Der Vater kann im erlernten Beruf als Maurer und im zuletzt ausgeübten Beruf als Kraftfahrer nicht mehr arbeiten; er absolvierte seit 3.Oktober 1994 im beruflichen Bildungs- und Rehabilitationszentrum Linz (BBRZ) die Ausbildung zum Bürokaufmann, die Ende März 1996 mit der Lehrabschlußprüfung enden sollte. Während der Dauer dieser Ausbildung bezog er eine Beihilfe vom Arbeitsmarktservice, die seit Juli 1995 täglich 270,40 S betrug, und einen Schulungszuschlag von täglich 68 S.

Am 19.Mai 1995 eröffnete das Bezirksgericht Linz über das Vermögen des Vaters den Privatkonkurs und bestellte einen Linzer Rechtsanwalt zum Masseverwalter. Im Konkursverfahren wurden Forderungen von insgesamt 859.527,66 S festgestellt. Der Haftpflichtversicherer des am Unfall schuldtragenden Unfallgegners wies den Masseverwalter mit Schreiben vom 9.November 1995 darauf hin, nach dem Unfall sei mit dem Vertreter des Vaters die Zahlung einer Verdienstentgangsrente bis zum Ende der Umschulung im März 1996 vereinbart worden. Ein weiterer Anspruch sei nicht akzeptiert worden, weil der Vater auch unfallunabhängige schwere Verletzungen an beiden Kniegelenken erlitten habe und daher die Tätigkeit eines Kraftfahrers auch ohne die beim Unfall erlittenen Verletzungen nicht mehr über einen längeren Zeitraum hätte ausüben können. Das Anbot des Haftpflichtversicherers, allfällige Verdienstentgangsansprüche des Vaters für die Zeit von Oktober 1995 bis September 1997 um 258.000 S abzufinden, nahm der Masseverwalter unter Verzicht auf allfällige sonstige Ansprüche an. Der Abfindungsbetrag wurde zur (hauptsächlichen) Erfüllung, das heißt

quotenmäßigen Befriedigung von Gläubigern des am 29.Jänner 1996 vor dem Bezirksgericht Linz abgeschlossenen und am 13.Februar 1996 bestätigten Zwangsausgleiches des Vaters verwendet.

Der Vater, der zuletzt mit Beschluß des damals zuständigen Bezirksgerichtes Gmunden vom 8.März 1995 ON 77 zur Leistung eines monatlichen Unterhaltes von 3.000 S für die mj.Daniela und von 2.500 S für die mj.Nadine ab 1.September 1994 verhalten worden war, beantragte (ON 84) die Herabsetzung seiner monatlichen Unterhaltsverpflichtung gegenüber beiden Kindern auf je 1.000 S ab 1. Oktober 1995. Die zuständige Bezirkshauptmannschaft als Unterhaltssachwalterin der beiden Minderjähriger sprach sich dagegen aus.

Das Erstgericht setzte die monatliche Unterhaltsverpflichtung des Vaters auf 1.500 S je Kind ab 1.Oktober 1995 herab und wies das Mehrbegehren auf weitere Unterhaltsherabsetzung ab.

Über Rekurs der beiden Minderjährigen, die eine gänzliche Abweisung des Unterhaltsherabsetzungsantrages ihres Vaters angestrebt hatten, hat das Rekursgericht den erstgerichtlichen Beschluß teils dahin abgeändert und bestätigt, daß die monatliche Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber der mj.Daniela für Oktober und November 1995 nur je 2.800 S (statt bisher 3.000 S) und gegenüber der mj.Nadine ab Dezember 1995 bis einschließlich März 1996 nur je 2.300 S (statt bisher 2.500 S) betrage; das Mehrbegehren des Vaters, den von ihm zu zahlenden monatlichen Unterhalt auf 1.000 S je Kind von Oktober 1995 bis einschließlich März 1996 herabzusetzen, wurde unangefochten abgewiesen. Soweit das Erstgericht den Unterhaltsherabsetzungsantrag des Vaters für die Zeit ab April 1996 abgewiesen hatte, wurde der angefochtene Beschluß aufgehoben und dem Erstgericht insoweit die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen. Den ordentlichen Revisionsrekurs erachtete die zweite Instanz zur Klärung der Rechtsfrage zulässig, ob Mittel, die ein Unterhaltspflichtiger zur Finanzierung eines Zwangsausgleiches verwendet habe, in die Unterhaltsbemessungsgrundlage eingerechnet werden könnten.

In rechtlicher Hinsicht ging die zweite Instanz von folgenden Erwägungen aus: Es komme darauf an, ob durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Vaters und den folgenden Zwangsausgleich seine Leistungsfähigkeit zur Erbringung des bisher festgesetzten Unterhaltes herabgesetzt worden sei. Konkurswirkungen könnten, müßten aber die Leistungsfähigkeit des Gemeinschuldners nicht herabsetzen oder gar aufheben. Die Auswirkungen des Konkurses über das Vermögen eines Unterhaltspflichtigen auf seine Leistungsfähigkeit und damit auf die konkrete Unterhaltspflicht seien nach der Zusammensetzung der Unterhaltsbemessungsgrundlage und der Höhe der Unterhaltsleistungen unterschiedlich (ÖA 1993, 29; ÖA 1994, 55). Forderungen auf laufenden Unterhalt für die Zeit während des Konkurses seien nicht wie Forderungen aus Rückständen für die Zeit vor Konkurseröffnung Konkursforderungen, sondern auch nach Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner geltend zu machen (EvBl 1991/64; ÖA 1994, 30). Nach § 5 Abs 1 KO sei dem Gemeinschuldner zu überlassen, was er durch eigene Tätigkeit erwerbe, soweit es zu einer bescheidenen Lebensführung für ihn und diejenigen, die gegen ihn einen gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt haben, unerlässlich sei. Was dem Gemeinschuldner durch Beschluß des Konkursgerichtes nach § 5 Abs 1 KO überlassen worden sei, scheide aus der Konkursmasse aus und werde konkursfreies Vermögen. § 1 KO gehe jedoch der Regelung des § 5 KO vor, die voraussetze, daß das Erwerbseinkommen überhaupt zur Konkursmasse gehöre. Durch die Eröffnung des Konkurses werde jedoch nur das der Exekution unterworfenen Vermögen, das dem Gemeinschuldner zu dieser Zeit gehöre oder das er während des Konkurses erlange (Konkursmasse), dessen freien Verfügung entzogen (§ 1 Abs 1 KO). Der unpfändbare Teil der Bezüge sei nicht der Exekution unterworfen und falle daher schon nach § 1 Abs 1 KO nicht in die Konkursmasse. Bezüge, die das Existenzminimum nach § 291a EO nicht überstiegen, bleiben daher in der Rechtszuständigkeit des Gemeinschuldners (SZ 66/171). Bei den vom Vater bezogenen Beihilfen des Arbeitsmarktservices und Leistungen des Haftpflichtversicherers handle es sich um beschränkt pfändbare Forderungen gemäß § 290a EO. Der Vater habe von Oktober 1995 bis Ende März 1996 monatlich rund 10.152 S an Beihilfe und Schulungszuschlag vom Arbeitsmarktservice bezogen. An den Masseverwalter sei vom Haftpflichtversicherer für Oktober 1995 bis September 1997 eine Abfindung von 258.000 S für die dem Vater zustehende Verdienstentgangsrente geleistet worden. Bei Umlegung dieses Betrages auf den angeführten zweijährigen Zeitraum ergebe sich eine monatliche Rente von 10.750 S (258.000 S dividiert durch 24 Monate). Es könne daher für die Zeit ab Oktober 1995 bis einschließlich März 1996 von monatlichen Bezügen des Vaters von 20.902 S ausgegangen werden (10.750 S Rente und 10.152 S Beihilfe samt Schulungszuschlag vom Arbeitsmarktservice). Der unpfändbare Freibetrag (Existenzminimum) bei einem solchen Einkommen ohne Sonderzahlungen und bei Vorhandensein von zwei Sorgepflichten habe 1995 16.280 S betragen und betrage 1996 16.410 S (Tabelle 1 c m der Existenzminimum-Verordnungen 1995 bzw 1996). Über diese Beträge hätte der Vater daher auch während seines Konkurses verfügen können, sie seien somit auch der Unterhaltsbemessung zugrunde zu legen.

Bei durchschnittlichen Verhältnissen gebühre Kindern unter sechs Jahren ein Unterhalt von 16 %, solchen zwischen sechs und zehn Jahren von 18 % und solchen über zehn Jahren von 20 % der Bemessungsgrundlage, wobei bei weiteren Sorgepflichten des Unterhaltsschuldners für ein unter zehn Jahre altes Kind von diesen

Prozentsätzen ein Prozentpunkt, für ein über zehn Jahre altes Kind zwei Prozentpunkte abzuziehen seien. Die mj.Daniela habe daher für Oktober und November 1995 einen Unterhaltsanspruch von 2.800 S (17 % von 16.280 S seien 2.767 S), für Dezember 1995 einen solchen von 3.000 S (19 % von 16.280 seien 3.093 S) und für die Zeit von Jänner bis März 1996 gleichfalls von 3.000 S (19 % von 16.410 S seien 3.117 S). Der mj.Nadine stehe für Oktober und November 1995 ein Unterhalt von monatlich 2.500 S zu (15 % von 16.280 S seien 2.442 S), für Dezember 1995 ein solcher von 2.300 S (14 % von 16.280 S seien 2.279 S) und für die Zeit von Jänner bis März 1996 gleichfalls von 2.300 S (14 % von 16.410 S seien 2.297 S). Die Unterhaltsverpflichtung des Vaters gegenüber der mj.Daniela sei daher für Oktober und November 1995 auf 2.800 S, jene gegenüber der mj.Nadine für Dezember 1995 bis März 1996 auf 2.300 S herabzusetzen und das Mehrbegehren für diese Zeiträume und das gesamte Unterhaltsherabsetzungsbegehren für die übrigen Zeiträume zwischen Oktober 1995 und März 1996 abzuweisen.

Für die Zeit ab April 1996 könne derzeit über den Herabsetzungsantrag des Vaters noch nicht entschieden werden. Nach den Feststellungen habe er seine Umschulung zum Bürokaufmann Ende März 1996 abschließen sollen. Es müsse erst festgestellt werden, ob dies tatsächlich geschehen sei und wie sich seine Einkommensverhältnisse ab diesem Zeitpunkt darstellten. Es sei insbesondere nicht erhoben worden, ob der Vater nunmehr einer Beschäftigung nachgehe oder Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung beziehe. Das Erstgericht werde daher die Lebensverhältnisse des Vaters ab April 1996 festzustellen haben. Erst danach könne über den noch offenen Teil des Unterhaltsherabsetzungsantrages des Vaters entschieden werden. Dabei werde auf Grund der Abfindungszahlung des Haftpflichtversicherers zumindest derzeit davon auszugehen sein, daß dem Vater eine monatliche Verdienstentgangsrente von 6.258 S zur Verfügung stehe (16.410 S abzüglich 10.152 S). Über den darüber hinausgehenden Rentenbetrag habe er während des Konkursverfahrens nicht verfügen können. Nach Abschluß des Zwangsausgleiches könne nunmehr auch nicht davon ausgegangen werden, daß ihm der restliche Rentenbetrag wieder zur Verfügung stehe.

### Rechtliche Beurteilung

Der - durch die zweite Instanz zugelassene - ordentliche Revisionsrekurs gegen den bestätigenden und abändernden Teil der Rekursentscheidung und der - durch die zweite Instanz zugelassene - Rekurs gegen den aufhebenden Teil der Rekursentscheidung der durch die Unterhaltssachwalterin vertretenen Minderjährigen ist nicht zulässig.

Gemäß § 140 ABGB haben die Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes anteilig beizutragen. Bei der Unterhaltsbemessung kommt es vor allem auf die Bedürfnisse des Unterhaltsberechtigten an; es ist aber auch die konkrete Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen. Einen Anhaltspunkt dafür, nach welchen Kriterien der Beitrag der Eltern zu ermitteln ist, gibt das Gesetz durch Verknüpfung der Bedürfnisse des Kindes mit den Lebensverhältnissen der Eltern (2 Ob 569/94 = ÖA 1995, 67 = EvBl 1995/129; EFSIlg 73.864 f uva). Ein konkretes Berechnungssystem kann dem Gesetz, das die Bemessungskriterien nur durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschreibt, nicht entnommen werden. Es kann daher auch der Oberste Gerichtshof nur jene Umstände aufzeigen, auf die es im Einzelfall ankommt (EvBl 1995/129; EFSIlg 70.660 uva). In Unterhaltsachen ist die Anrufung des Obersten Gerichtshofes vom Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage abhängig (EFSIlg 73.538 ua; Purtscheller/Salzman, Unterhaltsbemessung, Rz 3 mwN).

Im Zivilprozeß wird die Auffassung vertreten, selbst wenn das Berufungsgericht - zu Recht - ausgesprochen habe, die ordentliche Revision oder der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, das Rechtsmittel aber dann nur solche Gründe geltend mache, deren Erledigung nicht von der Lösung erheblicher Rechtsfragen abhängt, sei die Revision oder der Rekurs trotz der Zulässigerklärung durch das Gericht zweiter Instanz zurückzuweisen (1 Ob 610/95; 8 Ob 2/95 ua; RIS-Justiz RS0102059; Kodek in Rechberger, vor § 502 ZPO Rz 3). Nach der Neuordnung des Revisionsrekursrechtes im Verfahren außer Streitsachen und dessen Anpassung an das Revisionsrecht der Zivilprozeßordnung ist dieser Grundsatz mit Einschränkungen auch im Verfahren außer Streitsachen anzuwenden. Da § 16 Abs 3 AußStrG nur auf die Bestimmungen der §§ 508 a, 510 Abs 1 letzter Satz und Abs 2 ZPO verweist, nicht jedoch auf § 506 ZPO, werden im außerstreitigen Verfahren vom Revisionsrekurswerber keine besonderen Rechtsausführungen zur Zulässigkeit seines Rechtsmittels verlangt. Es genügt, wenn in den Anfechtungsgründen die iSd § 14 Abs 1 AußStrG erhebliche Rechtsfrage (zumindest) angesprochen wird (RZ 1992/87 = EFSIlg 64.914; 6 Ob 527, 528/92).

Erhebliche Rechtsfrage ist hier, ob Mittel, die ein Unterhaltspflichtiger zur (teilweisen) Erfüllung eines Zwangsausgleiches verwendete, in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzurechnen sind. Das Rekursgericht ist von einer derartigen Einrechnung ausgegangen, der unterhaltspflichtige Vater hat dies nicht bekämpft, auch die Minderjährigen wenden sich nicht dagegen. Ihre Rechtsmittelausführungen versuchen gar nicht, die von der zweiten Instanz dargelegten Erwägungen zum Spannungsverhältnis Konkurs und Zwangsausgleich einerseits

sowie Unterhaltsverpflichtung andererseits inhaltlich durch einen der im § 15 AußStrG genannten Gründe zu widerlegen. Unter Einkommen iS der unterhaltsrechtlichen Bestimmungen des ABGB ist grundsätzlich die Summe aller verfügbaren Mittel zu verstehen ist, woraus folgt, daß auch von nicht unmittelbar aus Erwerbstätigkeit stammenden Einkünften Unterhalt zu zahlen ist und selbst öffentlich-rechtliche Leistungen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einbezogen werden (10 Ob 2104/96a; ÖA 1993, 145; Schwimann, Unterhaltsrecht 40, 44), wie namentlich in Fällen ausgesprochen wurde, in denen es um anrechenbare Einkommen des Unterhaltspflichtigen ging. Einkommen ist jedenfalls auch eine an die Stelle von Arbeitseinkommen tretende Versicherungsleistung für den Fall der Erwerbsunfähigkeit oder der geminderten Erwerbsfähigkeit (vgl SZ 65/126; RZ 1992/87 ua; Purtscheller/Salzman aaO Rz 90, Rz 135 E 3 mwN). Eine dem Unterhaltspflichtigen zustehende - hier vergleichsweise kapitalisierte - Verdienstentgangsrente eines Haftpflichtversicherers des an einem Verkehrsunfall schuldtragenden Lenkers ist in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen und wurde von der zweiten Instanz auch unangefochten einbezogen.

Die Minderjährigen wiederholen nur ihren Standpunkt, der Unterhaltspflichtige hätte seinen Verdienstentgangsrentenanspruch gegenüber dem Haftpflichtversicherer des schuldtragenden Lenkers nicht durch Vergleich mit dem Haftpflichtversicherer - der nach den Feststellungen eine weitere Rentenzahlung über März 1996 hinaus ablehnte - kapitalisieren dürfen. Die Frage der Zulässigkeit einer Kapitalisierung und Abfindung eines solchen Anspruchs ist aber ganz einzelfallbezogen und kann demnach keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 14 Abs 1 AußStrG darstellen. Die Einrechnung einer Abfertigung eines Unterhaltspflichtigen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage wird vom

Obersten Gerichtshof grundsätzlich gebilligt (5 Ob 1561/94 = EFSIlg 74.302; RZ 1991/35 = EFSIlg 62.144 ua); daß im Einzelfall auch andere

Einrechnungsmethoden denkbar oder sogar zweckmäßig wären, rechtfertigt für sich allein nicht die Anrufung des Obersten Gerichtshofes zur Wahrung der Rechtssicherheit, sofern das unterhaltsberechtignte Kind wie hier auch auf andere Weise - etwa durch ein rückwirkendes Erhöhungsbegehren - am kurzfristig erhöhten Einkommen des Unterhaltspflichtigen partizipieren kann. Die vom Rekursgericht vorgenommene Aufteilung der kapitalisierten Verdienstentgangsrente von 258.000 S auf 24 Monate läßt ein Abweichen von Judikaturgrundsätzen des Obersten Gerichtshofes, das gemäß § 14 Abs 1 AußStrG korrigiert werden müßte, nicht erkennen. Erhebliche Rechtsfragen iS des § 14 Abs 1 AußStrG werden im Rechtsmittel weder zur Darstellung gebracht, noch auch nur angeschnitten.

Gegen die Berücksichtigung der Belastbarkeitsgrenze (§§ 291a, 292b EO idF der EO-Novelle 1991, BGBl 1991/628; vgl dazu EvBl 1995/129) wird im Rechtsmittel nichts vorgetragen. Die Bemessung des Unterhaltes nach bestimmten, nach Altersgrenzen abgestuften Hundertsätzen des Einkommens des Unterhaltsschuldners, durch die die Gleichbehandlung gleichartiger Fälle gewährleistet werden soll, stellt an sich für durchschnittliche Fälle eine brauchbare Handhabe dar, um den Unterhaltsberechtigten an den Lebensverhältnissen des Unterhaltsschuldners angemessen teilhaben zu lassen (EvBl 1995/129; EFSIlg 73.865; RZ 1991/26 uva). Daß bei dieser konkreten Berechnung dem Rekursgericht irgendein Fehler unterlaufen wäre, wird nicht behauptet.

Das von der zweiten Instanz in allen Punkten zugelassene Rechtsmittel der Minderjährigen ist demnach mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 14 Abs 1 AußStrG gemäß § 16 Abs 3 AußStrG iVm § 508a Abs 2 ZPO zurückzuweisen.