

# TE OGH 2003/5/28 7Ob92/03k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.05.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Pflugschaftssache der Minderjährigen Marco O\*\*\*\*\*, geboren am 13. März 1990, und Benjamin O\*\*\*\*\*, geboren am 10. September 1992, beide in Obsorge der Mutter Renate O\*\*\*\*\*, vertreten durch den Unterhaltssachwalter Bezirkshauptmannschaft Linz - Land, Kärntnerstraße 16, 4021 Linz über den Revisionsrekurs des Vaters Josef Anton O\*\*\*\*\*, vertreten durch die Anwaltspartnerschaft Dr. Karl Krückl, Dr. Kurt Lichtl, Rechtsanwälte in Linz, gegen den Beschluss des Landesgerichtes Steyr als Rekursgericht vom 11. Februar 2003, GZ 1 R 23/03f-16, womit infolge Rekurses des Vaters der Beschluss des Bezirksgerichtes Neuhofen/Krems vom 10. Dezember 2002, GZ P 20/96v-12, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Die Ehe der Kindeseltern wurde mit Beschluss des Bezirksgerichtes Neuhofen/Krems vom 30. 4. 1996, GZ C 333/96a-2, gemäß § 55a EheG geschieden. Laut (pflugschaftsgerichtlich genehmigtem: ON 4) Scheidungs(folgen)vergleich steht die Obsorge hinsichtlich der beiden dieser Ehe entstammenden minderjährigen Kinder der Mutter zu. Seit dem 1. 8. 2000 hat sich der Vater (auf Grund einer Unterhaltsvereinbarung vom Oktober 2000) zur Zahlung monatlicher Unterhaltsbeträge von S 4.100 (EUR 297,96) und S 3.400 (EUR 247,09) für sein mj Söhne Marco, geb am 13. 3. 1990, bzw Benjamin, geb am 10. 9. 1992, verpflichtet (AS 31). Die Ehe der Kindeseltern wurde mit Beschluss des Bezirksgerichtes Neuhofen/Krems vom 30. 4. 1996, GZ C 333/96a-2, gemäß Paragraph 55 a, EheG geschieden. Laut (pflugschaftsgerichtlich genehmigtem: ON 4) Scheidungs(folgen)vergleich steht die Obsorge hinsichtlich der beiden dieser Ehe entstammenden minderjährigen Kinder der Mutter zu. Seit dem 1. 8. 2000 hat sich der Vater (auf Grund einer Unterhaltsvereinbarung vom Oktober 2000) zur Zahlung monatlicher Unterhaltsbeträge von S 4.100 (EUR 297,96) und S 3.400 (EUR 247,09) für sein mj Söhne Marco, geb am 13. 3. 1990, bzw Benjamin, geb am 10. 9. 1992, verpflichtet (AS 31).

Am 25. 7. 2002 bzw am 22. 10. 2002 - sohin nach Vorliegen des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 19. 6. 2002, G 7/02 - stellte der Vater den Antrag diese Unterhaltszahlungen im Hinblick auf die Geburt seiner Tochter Nikita am 30. 1. 2002 und wegen seiner teilweisen Karenzierung ab 1. 11. 2002 "im entsprechenden Ausmaß" sowie "rückwirkend" herabzusetzen (ON 7 und 10). Dazu befragt gab er am 22. 10. 2002 zu Protokoll, er wäre bereit, von

1. 2. 2002 bis 1. 10. 2002 monatlich EUR 250 für Marco und EUR 200 für Benjamin zu bezahlen, sowie ab 1. 11. 2002 bis 1. 5. 2003 monatlich EUR 125 für Marco und EUR 100 für Benjamin. Der Unterhaltssachwalter erklärte sich mit einer Unterhaltsfestsetzung von (monatlich) EUR 277 je Kind ab 1. 2. 2002 einverstanden; einer weiteren Herabsetzung stimmte er nicht zu (ON 11).

Mit Beschluss vom 10. 12. 2002 (ON 12) setzte das Erstgericht den vom Vater zu leistenden Unterhalt ab 1. 2. 2002 auf monatlich EUR 277 für Marco und EUR 243 für Benjamin herab.

Dagegen erhob der Antragsteller insoweit Rekurs, als ein Unterhalt von EUR 277 und 243 festgesetzt wurde, "und nicht" ein solcher von EUR 255 bzw 230, wobei er (nunmehr) die (weitere) Herabsetzung des Unterhalts auf EUR 255 für Marco und auf EUR 230 für Benjamin, beginnend mit 1. 2. 2002 begehrte und als unrichtige rechtliche Beurteilung (allein) geltend machte, dass die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 28. 11. 2002, 3 Ob 141/02k (womit dieser "die vom Verfassungsgerichtshof angewandte Methode (G 7/02) zur Ermittlung der Unterhaltshöhe angesichts der Aufhebung des § 12 a FLAG übernimmt"), nicht berücksichtigt worden sei; auf den vorliegenden Fall angewandt ergäbe sich daraus eine Unterhaltsverpflichtung, "wie sie im Rekursumfang dargestellt wurde" (ON 13). Weitere Ausführungen zu diesem (neuen) Unterhaltsherabsetzungsantrag enthielt der Rekurs nicht. Dagegen erhob der Antragsteller insoweit Rekurs, als ein Unterhalt von EUR 277 und 243 festgesetzt wurde, "und nicht" ein solcher von EUR 255 bzw 230, wobei er (nunmehr) die (weitere) Herabsetzung des Unterhalts auf EUR 255 für Marco und auf EUR 230 für Benjamin, beginnend mit 1. 2. 2002 begehrte und als unrichtige rechtliche Beurteilung (allein) geltend machte, dass die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 28. 11. 2002, 3 Ob 141/02k (womit dieser "die vom Verfassungsgerichtshof angewandte Methode (G 7/02) zur Ermittlung der Unterhaltshöhe angesichts der Aufhebung des Paragraph 12, a FLAG übernimmt"), nicht berücksichtigt worden sei; auf den vorliegenden Fall angewandt ergäbe sich daraus eine Unterhaltsverpflichtung, "wie sie im Rekursumfang dargestellt wurde" (ON 13). Weitere Ausführungen zu diesem (neuen) Unterhaltsherabsetzungsantrag enthielt der Rekurs nicht.

Das Rekursgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichtes. Der Vater habe in seinem Rekurs die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes nicht bemängelt, sondern erstmals die Berücksichtigung der Kinderbeihilfe und des Unterhaltsabsetzbetrages bei seiner Unterhaltspflicht beantragt. Da dieser erstmalige Rekursantrag gänzlich neu und in erster Instanz überhaupt noch nicht gestellt worden sei, dürfe auf diese Neuerung iSd § 10 AußStrG im Rekursverfahren nicht eingegangen werden. Es liege keine zulässige Neuerung vor, weil eine solche nur dann zu erblicken sei, wenn Tatsachenvorbringen bzw die Vorlage von Beweismitteln in erster Instanz noch nicht möglich war; hier habe der Verfassungsgerichtshof jedoch die Wortfolge in § 12a FLAG ("und mindert nicht dessen Unterhaltsanspruch") bereits mit Erkenntnis vom 19. 6. 2002, G 7/02 als verfassungswidrig aufgehoben und diese Aufhebung am 13. 9. 2002 öffentlich kundgemacht (BGBl I 2002/152), sodass entsprechendes Tatsachenvorbringen bereits in erster Instanz - etwa bei der Konkretisierung des Unterhaltsherabsetzungsantrages am 22. 10. 2002 - möglich gewesen wäre. Eine steuerliche Entlastung der Unterhaltspflicht des Vaters habe das Erstgericht mangels Antrags und diesbezüglichen Tatsachenvorbringens auch nicht von Amts wegen durchführen müssen. Das Rekursgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichtes. Der Vater habe in seinem Rekurs die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes nicht bemängelt, sondern erstmals die Berücksichtigung der Kinderbeihilfe und des Unterhaltsabsetzbetrages bei seiner Unterhaltspflicht beantragt. Da dieser erstmalige Rekursantrag gänzlich neu und in erster Instanz überhaupt noch nicht gestellt worden sei, dürfe auf diese Neuerung iSd Paragraph 10, AußStrG im Rekursverfahren nicht eingegangen werden. Es liege keine zulässige Neuerung vor, weil eine solche nur dann zu erblicken sei, wenn Tatsachenvorbringen bzw die Vorlage von Beweismitteln in erster Instanz noch nicht möglich war; hier habe der Verfassungsgerichtshof jedoch die Wortfolge in Paragraph 12 a, FLAG ("und mindert nicht dessen Unterhaltsanspruch") bereits mit Erkenntnis vom 19. 6. 2002, G 7/02 als verfassungswidrig aufgehoben und diese Aufhebung am 13. 9. 2002 öffentlich kundgemacht (BGBl römisch eins 2002/152), sodass entsprechendes Tatsachenvorbringen bereits in erster Instanz - etwa bei der Konkretisierung des Unterhaltsherabsetzungsantrages am 22. 10. 2002 - möglich gewesen wäre. Eine steuerliche Entlastung der Unterhaltspflicht des Vaters habe das Erstgericht mangels Antrags und diesbezüglichen Tatsachenvorbringens auch nicht von Amts wegen durchführen müssen.

Den ordentlichen Revisionsrekurs erklärte das Rekursgericht über Antrag des Vaters nach § 14a AußStrG mit der Begründung doch für zulässig, dass es zur Frage, ob die steuerliche Entlastung der Unterhaltspflicht durch teilweise Anrechnung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen (iSd Berechnungsmethoden des OGH und des VfGH) im Unterhaltsverfahren nur über (vor dem Erstgericht) zu stellenden Antrag oder auch ohne einen solchen von Amts

wegen durchzuführen sei, - soweit überblickbar - (nur) eine veröffentlichte, letzteres ebenfalls verneinende und Lehrmeinung (Gitschthaler, Familienbeihilfe und deren Anrechnung auf Kindesunterhaltsansprüche, JBl 2003, 9 ff) gebe, aber noch keine veröffentlichte Judikatur. Den ordentlichen Revisionsrekurs erklärte das Rekursgericht über Antrag des Vaters nach Paragraph 14 a, AußStrG mit der Begründung doch für zulässig, dass es zur Frage, ob die steuerliche Entlastung der Unterhaltspflicht durch teilweise Anrechnung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen (iSd Berechnungsmethoden des OGH und des VfGH) im Unterhaltsverfahren nur über (vor dem Erstgericht) zu stellenden Antrag oder auch ohne einen solchen von Amts wegen durchzuführen sei, - soweit überblickbar - (nur) eine veröffentlichte, letzteres ebenfalls verneinende und Lehrmeinung (Gitschthaler, Familienbeihilfe und deren Anrechnung auf Kindesunterhaltsansprüche, JBl 2003, 9 ff) gebe, aber noch keine veröffentlichte Judikatur.

Mit seinem Revisionsrekurs begehrt der Vater, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass der Unterhalt beginnend mit 1. 2. 2002 auf EUR 255 für Marco und auf EUR 230 für Benjamin herabgesetzt werde, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Bezirkshauptmannschaft Linz - Land hat als Unterhaltssachwalter von der ihr eingeräumten Möglichkeit, zum Rechtsmittel des Vaters namens der Minderjährigen Stellung zu nehmen, Gebrauch gemacht und ausgeführt, dass auch nach ihrem Standpunkt eine unzulässige Neuerung vorliege, weil das entsprechende Tatsachenvorbringen bereits in erster Instanz möglich gewesen wäre.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom Rekursgericht angeführten Grund zulässig, aber nicht berechtigt.

Den Rechtsmittelausführungen, die sich ausschließlich darauf berufen, der im Außerstreitverfahren herrschende Untersuchungsgrundsatz schließe die subjektive Behauptungslast aus, weshalb neue Tatsachen im Rekursverfahren zu berücksichtigen seien, ist zu erwidern, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes auch im außerstreitigen Verfahren trotz des Untersuchungsgrundsatzes (§ 2 Abs 2 Z 5 AußStrG) subjektive Behauptungs- und Beweislastregeln gelten, wenn es sich - wie hier - um nur über Antrag zu entscheidende vermögensrechtliche Ansprüche handelt (SZ 63/202 mwN). Der Unterhaltspflichtige hat die seine Unterhaltsverpflichtung aufhebenden oder vermindern Umstände zu behaupten und zu beweisen (6 Ob 11/99g mwN; 6 Ob 339/99t mwN, EFSIlg 92.811; RIS-Justiz RS0006261 [T3]). Die hier geforderte amtswegige Anrechnung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen auf die Unterhaltsverpflichtung des Vaters kommt somit nicht in Betracht (so auch Gitschthaler, Familienbeihilfe und deren Anrechnung auf Kindesunterhaltsansprüche, JBl 2003, 9 ff [14] mwN). Den Rechtsmittelausführungen, die sich ausschließlich darauf berufen, der im Außerstreitverfahren herrschende Untersuchungsgrundsatz schließe die subjektive Behauptungslast aus, weshalb neue Tatsachen im Rekursverfahren zu berücksichtigen seien, ist zu erwidern, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes auch im außerstreitigen Verfahren trotz des Untersuchungsgrundsatzes (Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 5, AußStrG) subjektive Behauptungs- und Beweislastregeln gelten, wenn es sich - wie hier - um nur über Antrag zu entscheidende vermögensrechtliche Ansprüche handelt (SZ 63/202 mwN). Der Unterhaltspflichtige hat die seine Unterhaltsverpflichtung aufhebenden oder vermindern Umstände zu behaupten und zu beweisen (6 Ob 11/99g mwN; 6 Ob 339/99t mwN, EFSIlg 92.811; RIS-Justiz RS0006261 [T3]). Die hier geforderte amtswegige Anrechnung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen auf die Unterhaltsverpflichtung des Vaters kommt somit nicht in Betracht (so auch Gitschthaler, Familienbeihilfe und deren Anrechnung auf Kindesunterhaltsansprüche, JBl 2003, 9 ff [14] mwN).

Es entspricht daher auch ständiger Rechtsprechung, dass Neuerungen (das sind neue Tatsachen oder neue Beweismittel) im Rekurs nur so weit zulässig sind, als das Tatsachenvorbringen oder die Vorlage der Beweismittel in erster Instanz nicht möglich war (RIS-Justiz RS0110773; insb 2 Ob 300/00g mwN, EFSIlg 94.986; zuletzt 7 Ob 54/03x mwN; in diesem Sinne auch Gitschthaler, Unterhaltsrecht, Rz 481 und Schwimann, Unterhaltsrecht<sup>2</sup>, 102 f). Das Neuerungsrecht des § 10 AußStrG geht nämlich nicht so weit, dass im Rekursverfahren auch noch neue Sachanträge gestellt werden könnten (RIS-Justiz RS0006796). Auch im Außerstreitverfahren müssen vielmehr Tatsachen, auf die ein Antrag gestützt werden soll, bereits in erster Instanz vorgebracht werden (RIS-Justiz RS0006790; RS0006796 [T4]; RS0006831 [T1]; 8 Ob 1524/91; 7 Ob 548/92; 4 Ob 514/92; zuletzt: 9 ObA 2077/96y). Es entspricht daher auch ständiger Rechtsprechung, dass Neuerungen (das sind neue Tatsachen oder neue Beweismittel) im Rekurs nur so weit zulässig sind, als das Tatsachenvorbringen oder die Vorlage der Beweismittel in erster Instanz nicht möglich war (RIS-Justiz

RS0110773; insb 2 Ob 300/00g mwN, EFSlg 94.986; zuletzt 7 Ob 54/03x mwN; in diesem Sinne auch Gitschthaler, Unterhaltsrecht, Rz 481 und Schwimann, Unterhaltsrecht<sup>2</sup>, 102 f). Das Neuerungsrecht des Paragraph 10, AußStrG geht nämlich nicht so weit, dass im Rekursverfahren auch noch neue Sachanträge gestellt werden könnten (RIS-Justiz RS0006796). Auch im Außerstreitverfahren müssen vielmehr Tatsachen, auf die ein Antrag gestützt werden soll, bereits in erster Instanz vorgebracht werden (RIS-Justiz RS0006790; RS0006796 [T4]; RS0006831 [T1]; 8 Ob 1524/91; 7 Ob 548/92; 4 Ob 514/92; zuletzt: 9 ObA 2077/96y).

Hier hat der Vater den Antrag auf Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung für die beiden Minderjährigen im erstinstanzlichen Verfahren lediglich damit begründet, es liege eine weitere Sorgspflicht (infolge Geburt seiner Tochter Nikita am 30. 1. 2002) und eine Verminderung seiner Einkünfte (weil er ab 1. 11. 2002 in Karenz gehe und nur noch eine Teilzeitbeschäftigung ausübe) vor; er hat aber in erster Instanz nicht als (weiteren) Antragsgrund geltend gemacht, die Unterhaltspflicht sei auch deshalb herabzusetzen, weil der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 28. 11. 2002, 3 Ob 141/02k "die vom VfGH angewandte Methode (G 7/02) zur Ermittlung der Unterhaltshöhe angesichts der Aufhebung des § 12a FLAG übernommen" habe (so erstmals im Rekurs ON 13). Hier hat der Vater den Antrag auf Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung für die beiden Minderjährigen im erstinstanzlichen Verfahren lediglich damit begründet, es liege eine weitere Sorgspflicht (infolge Geburt seiner Tochter Nikita am 30. 1. 2002) und eine Verminderung seiner Einkünfte (weil er ab 1. 11. 2002 in Karenz gehe und nur noch eine Teilzeitbeschäftigung ausübe) vor; er hat aber in erster Instanz nicht als (weiteren) Antragsgrund geltend gemacht, die Unterhaltspflicht sei auch deshalb herabzusetzen, weil der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 28. 11. 2002, 3 Ob 141/02k "die vom VfGH angewandte Methode (G 7/02) zur Ermittlung der Unterhaltshöhe angesichts der Aufhebung des Paragraph 12 a, FLAG übernommen" habe (so erstmals im Rekurs ON 13).

Selbst wenn man (wie das Rekursgericht) aus dieser Formulierung ableiten wollte, der Rekurswerber habe damit "die Berücksichtigung der Kinderbeihilfe und des Unterhaltsabsetzbetrages bei seiner Unterhaltspflicht" (- also eine Unterhaltsherabsetzung infolge steuerlicher Entlastung der Unterhaltspflicht iSd zitierten Entscheidungen der Höchstgerichte -) beantragt, ist daher im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass - wie der Revisionsrekurs selbst aufzeigt - der Zeitpunkt der Entscheidungen, auf die sich der Rekurs beruft (G 7/02 des Verfassungsgerichtshofes und 3 Ob 141/02k des Obersten Gerichtshofes [vgl auch den dazu veröffentlichten Rechtssatz RIS-JustizRS0117023 und die dort angeführten zahlreichen Entscheidungen, die von anderen Senaten des Obersten Gerichtshofes zT bereits vor der zitierten, nämlich am 26. und 27. 11. 2002 gefällt wurden]), vor jenem des bekämpften erstgerichtlichen Beschlusses liegt.

Dem Antragsteller wäre es möglich gewesen, was im vorliegenden Rechtsmittel nicht in Zweifel gezogen wird, ausreichende Tatsachenbehauptungen zu dem darin behandelten (weiteren) Unterhaltsherabsetzungsgrund im Verfahren erster Instanz bereits vor der am 10. 12. 2002 ergangenen Entscheidung des Erstgerichts vorzubringen (9 ObA 2077/96y mwN); war doch die Aufhebung der diesbezüglichen Wortfolge in § 12a FLAG - wie bereits die Rekursentscheidung festhält - bereits am 13. 9. 2002 öffentlich kundgemacht worden (BGBl I 2002/152). Dem Antragsteller wäre es möglich gewesen, was im vorliegenden Rechtsmittel nicht in Zweifel gezogen wird, ausreichende Tatsachenbehauptungen zu dem darin behandelten (weiteren) Unterhaltsherabsetzungsgrund im Verfahren erster Instanz bereits vor der am 10. 12. 2002 ergangenen Entscheidung des Erstgerichts vorzubringen (9 ObA 2077/96y mwN); war doch die Aufhebung der diesbezüglichen Wortfolge in Paragraph 12 a, FLAG - wie bereits die Rekursentscheidung festhält - bereits am 13. 9. 2002 öffentlich kundgemacht worden (BGBl römisch eins 2002/152).

Es trifft somit zu, dass neue, diesen Unterhaltsherabsetzungsgrund betreffende Behauptungen des - iSd dargestellten Grundsätze - für sämtliche, seine Unterhaltsverpflichtung aufhebenden oder vermindernden Umstände behauptungs- und beweispflichtigen Unterhaltsschuldners (soweit solche in den wiedergegebenen Rekursausführungen überhaupt zu erblicken waren) jedenfalls dem Neuerungsverbot unterlagen, sodass es dem Rekursgericht schon aus diesem Grund verwehrt war, darauf einzugehen. Eine allenfalls unterlassene Manuduktion wurde im Rechtsmittelverfahren nicht releviert.

Dem unberechtigten Revisionsrekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

#### **Textnummer**

E69965

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:0070OB00092.03K.0528.000

**Im RIS seit**

27.06.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

17.10.2012

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)