

# TE OGH 2002/1/14 7Ob317/01w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.01.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schlich als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schenk, Dr. Schaumüller und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden (und gefährdeten) Partei Dagmar L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ernst Gramm, Rechtsanwalt in Neulengbach, gegen die beklagte Partei (und Gegner der gefährdeten Partei) Lorenz L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Oswin Lukesch und Dr. Anton Hintermeier, Rechtsanwälte in St. Pölten, wegen Ehescheidung (und einstweiligem Unterhalt) über den Rekurs der klagenden (und gefährdeten) Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes St. Pölten als Rekursgericht vom 10. Oktober 2001, GZ 37 R 322/01f-14, womit infolge Rekurses der beklagten Partei (Gegner der gefährdeten Partei) der Beschluss des Bezirksgerichtes St. Pölten vom 20. August 2001, GZ 2 C 101/01k-8, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Verfahrens vor dem Obersten Gerichtshof sind weitere Kosten des Provisorialverfahrens.

## Text

Begründung:

Zwischen den im selben Haushalt lebenden Streitteilen behängt ein Ehescheidungsverfahren. Die klagende Partei begehrt die Scheidung der am 21. 8. 1992 geschlossenen Ehe aus dem Alleinverschulden des beklagten Mannes, während dieser sich zwar dem Scheidungsbegehren unterwarf, jedoch auf Grund eines Mitschuldantrages den Ausspruch des überwiegenden Verschuldens der Klägerin an der Zerrüttung der Ehe begehrt.

Gleichzeitig mit der am 11. 7. 2001 eingebrachten Klage stellte die Klägerin auch das Begehren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahin, dass der Beklagte bis zur rechtskräftigen Beendigung des Ehescheidungsverfahrens an sie einen monatlichen Unterhaltsbetrag von S 3.000 (später ausgedehnt auf S 3.400) sowie für den ehelichen Sohn Daniel (geboren am 12. 12. 1991) an sie als Kindesmutter einen monatlichen Unterhaltsbetrag von S 3.700 zu zahlen habe. Der Beklagte sprach sich gegen diese Unterhaltsverpflichtungen aus. Mit Beschluss des Bezirksgerichtes St. Pölten vom 16. 7. 2001, 4 P 44/01i-3, wurde ein am Tag nach Einbringung der Ehescheidungsklage beim Pflschaftsgericht gestellter Antrag der Mutter (und Klägerin), ihr gemäß § 177 Abs 2 ABGB die (alleinige) Obsorge für das Kind zu übertragen, rechtskräftig abgewiesen. Gleichzeitig mit der am 11. 7. 2001 eingebrachten Klage stellte die Klägerin auch das Begehren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahin, dass der Beklagte bis zur rechtskräftigen Beendigung des Ehescheidungsverfahrens an sie einen monatlichen Unterhaltsbetrag von S 3.000 (später ausgedehnt auf S 3.400) sowie für den ehelichen Sohn Daniel (geboren am 12. 12. 1991) an sie als Kindesmutter einen monatlichen Unterhaltsbetrag von S 3.700 zu zahlen habe. Der Beklagte sprach sich gegen diese

Unterhaltsverpflichtungen aus. Mit Beschluss des Bezirksgerichtes St. Pölten vom 16. 7. 2001, 4 P 44/01i-3, wurde ein am Tag nach Einbringung der Ehescheidungsklage beim Pflschaftsgericht gestellter Antrag der Mutter (und Klägerin), ihr gemäß Paragraph 177, Absatz 2, ABGB die (alleinige) Obsorge für das Kind zu übertragen, rechtskräftig abgewiesen.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung und verpflichtete den Beklagten für den Zeitraum 11. 7. 2001 bis 31. 8. 2001 zur Zahlung eines Unterhaltsrückstandes von S 2.025 für die Frau und S 2.525 für das Kind sowie ab 1. 9. 2001 zu monatlichen Zahlungen von S 2.995 für die Frau und S 3.295 für das Kind; das darüber hinausgehende Mehrbegehren wurde (unangefochten und damit rechtskräftig) abgewiesen. Das Erstgericht ging dabei davon aus, dass der Beklagte im Jahr 2000 ein monatliches Nettoeinkommen von S 20.615 und im ersten Halbjahr 2001 von netto S 21.716,50 erzielt habe; die Klägerin ihrerseits verdiene als Raumpflegerin seit März 2000 monatlich netto S 6.880. Darüber hinaus wurden die vom Beklagten für die Familie und den Haushalt geleisteten Zahlungsposten detailliert festgestellt, worauf gemäß §§ 528a, 510 Abs 3 Satz 1 ZPO iVm §§ 78, 402 Abs 4 EO verwiesen werden kann. In rechtlicher Hinsicht bejahte das Erstgericht die Unterhaltsansprüche von Frau und Kind gemäß § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO, wobei der Klägerin 36 % des Familieneinkommens und dem Kind 17 % der Unterhaltsbemessungsgrundlage des Vaters zustünden. Trotz der geleisteten (und im Einzelnen festgestellten) Zahlungen habe der Beklagte Unterhaltsverletzungen zu verantworten, welche im Rahmen der beantragten einstweiligen Verfügung seine Nachzahlung für die Vergangenheit bzw die Zahlungen auch für die Zukunft erforderlich machten. Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung und verpflichtete den Beklagten für den Zeitraum 11. 7. 2001 bis 31. 8. 2001 zur Zahlung eines Unterhaltsrückstandes von S 2.025 für die Frau und S 2.525 für das Kind sowie ab 1. 9. 2001 zu monatlichen Zahlungen von S 2.995 für die Frau und S 3.295 für das Kind; das darüber hinausgehende Mehrbegehren wurde (unangefochten und damit rechtskräftig) abgewiesen. Das Erstgericht ging dabei davon aus, dass der Beklagte im Jahr 2000 ein monatliches Nettoeinkommen von S 20.615 und im ersten Halbjahr 2001 von netto S 21.716,50 erzielt habe; die Klägerin ihrerseits verdiene als Raumpflegerin seit März 2000 monatlich netto S 6.880. Darüber hinaus wurden die vom Beklagten für die Familie und den Haushalt geleisteten Zahlungsposten detailliert festgestellt, worauf gemäß Paragraphen 528 a,, 510 Absatz 3, Satz 1 ZPO in Verbindung mit Paragraphen 78,, 402 Absatz 4, EO verwiesen werden kann. In rechtlicher Hinsicht bejahte das Erstgericht die Unterhaltsansprüche von Frau und Kind gemäß Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO, wobei der Klägerin 36 % des Familieneinkommens und dem Kind 17 % der Unterhaltsbemessungsgrundlage des Vaters zustünden. Trotz der geleisteten (und im Einzelnen festgestellten) Zahlungen habe der Beklagte Unterhaltsverletzungen zu verantworten, welche im Rahmen der beantragten einstweiligen Verfügung seine Nachzahlung für die Vergangenheit bzw die Zahlungen auch für die Zukunft erforderlich machten.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Vaters Folge, hob die bekämpfte Entscheidung auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung auf. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurde für zulässig erklärt. Das Rekursgericht führte im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung - zusammengefasst - aus, vom Erstgericht sei übersehen worden, dass im Provisorialverfahren nach § 382 EO dem unterhaltsberechtigten Kind eine eigene Parteistellung zukomme, welcher Umstand mit den Parteien zu erörtern sei, wobei auch darauf Bedacht zu nehmen sein werde, dass der Minderjährige als Partei des Provisorialverfahrens auch Kostenersatzpflichtig werden könne. Die Antragstellung im Provisorialverfahren (vertreten durch seine Mutter) werde daher "wohl" der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung bedürfen. Der Klägerin und ihrem Sohn müsse aber Gelegenheit gegeben werden, diese pflegschaftsbehördliche Genehmigung beizubringen, da das Fehlen derselben ein Prozesshindernis sei und sogar zur Nichtigserklärung und allenfalls Zurückweisung des Provisorialantrags führen müsste. Darüber hinaus seien aber auch Unklarheiten im Zusammenhang mit den tatsächlichen Leistungen des Beklagten näher aufzuklären. Auch diesbezüglich kann gemäß § 510 Abs 3 Satz 1 ZPO auf eine Wiedergabe im Einzelnen verzichtet werden. Hervorzuheben ist daraus bloß, dass nach Auffassung des Rekursgerichtes es zwar zutreffen mag, dass der PKW (des Beklagten) zu etwa 85 % von ihm benützt werde, jedoch werde dies (unter Zugrundelegung der gesamten als bescheinigt angenommenen Benzinkosten von rund S 1.000 pro Monat) "dadurch mehr als ausgeglichen", dass der Beklagte unter der Woche an seiner Arbeitsstätte ein Essen bekommt, wofür ihm monatlich rund S 750 vom Lohn abgezogen werden. Jedenfalls werde das Erstgericht zum Gesamtkomplex der Verletzung der Unterhaltspflicht "präzisere Feststellungen zu treffen haben". Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Vaters Folge, hob die bekämpfte Entscheidung auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung auf. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurde für zulässig erklärt. Das Rekursgericht führte im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung - zusammengefasst - aus, vom Erstgericht sei übersehen worden, dass im Provisorialverfahren nach

Paragraph 382, EO dem unterhaltsberechtigten Kind eine eigene Parteistellung zukomme, welcher Umstand mit den Parteien zu erörtern sei, wobei auch darauf Bedacht zu nehmen sein werde, dass der Minderjährige als Partei des Provisorialverfahrens auch Kostenersatzpflichtig werden könne. Die Antragstellung im Provisorialverfahren (vertreten durch seine Mutter) werde daher "wohl" der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung bedürfen. Der Klägerin und ihrem Sohn müsse aber Gelegenheit gegeben werden, diese pflegschaftsbehördliche Genehmigung beizubringen, da das Fehlen derselben ein Prozesshindernis sei und sogar zur Nichtigerklärung und allenfalls Zurückweisung des Provisorialantrags führen müsste. Darüber hinaus seien aber auch Unklarheiten im Zusammenhang mit den tatsächlichen Leistungen des Beklagten näher aufzuklären. Auch diesbezüglich kann gemäß Paragraph 510, Absatz 3, Satz 1 ZPO auf eine Wiedergabe im Einzelnen verzichtet werden. Hervorzuheben ist daraus bloß, dass nach Auffassung des Rekursgerichtes es zwar zutreffen mag, dass der PKW (des Beklagten) zu etwa 85 % von ihm benützt werde, jedoch werde dies (unter Zugrundelegung der gesamten als bescheinigt angenommenen Benzinkosten von rund S 1.000 pro Monat) "dadurch mehr als ausgeglichen", dass der Beklagte unter der Woche an seiner Arbeitsstätte ein Essen bekomme, wofür ihm monatlich rund S 750 vom Lohn abgezogen werden. Jedenfalls werde das Erstgericht zum Gesamtkomplex der Verletzung der Unterhaltspflicht "präzisere Feststellungen zu treffen haben".

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurde mit der Begründung für zulässig erklärt, dass sich der Oberste Gerichtshof mit der Frage, ob ein minderjähriges Kind in einem Verfahren nach § 382 Z 8 lit a EO selbst einen Antrag stellen müsse (und die Antragstellung einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe), bislang nicht Stellung genommen habe. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurde mit der Begründung für zulässig erklärt, dass sich der Oberste Gerichtshof mit der Frage, ob ein minderjähriges Kind in einem Verfahren nach Paragraph 382, Ziffer 8, Litera a, EO selbst einen Antrag stellen müsse (und die Antragstellung einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe), bislang nicht Stellung genommen habe.

Gegen den Aufhebungsbeschluss richtet sich der "Revisionsrekurs" (richtig: Rekurs - § 527 Abs 2 ZPO) der klagenden Partei aus dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidung des Erstgerichtes wiederherzustellen; hilfsweise wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagte Partei hat eine Rekursbeantwortung erstattet, in der primär die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels (mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage), in eventu dem Rechtsmittel der Klägerin keine Folge zu geben beantragt wird. Gegen den Aufhebungsbeschluss richtet sich der "Revisionsrekurs" (richtig: Rekurs - Paragraph 527, Absatz 2, ZPO) der klagenden Partei aus dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidung des Erstgerichtes wiederherzustellen; hilfsweise wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagte Partei hat eine Rekursbeantwortung erstattet, in der primär die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels (mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage), in eventu dem Rechtsmittel der Klägerin keine Folge zu geben beantragt wird.

Der Rekurs ist - entgegen der Auffassung des Rechtsmittelgegners - zulässig, weil die Ausführungen des Rekursgerichtes einer rechtlichen Korrektur und Klarstellung bedürfen, jedoch (im Ergebnis) nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

§ 382 Abs 1 Z 8 lit a EO, auf den das vorliegende Provisorialbegehren von der Klägerin sowohl für sich als auch ihren im gemeinsamen Haushalt mit dem Beklagten lebenden gemeinsamen minderjährigen Sohn gestützt wird, lässt für die Bestimmung eines einstweiligen vom unterhaltspflichtigen Vater an die Gattin und das eheliche Kind zu zahlenden Unterhaltsbeitrages den Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren genügen. Einer gleichzeitigen (zusätzlich) zum Scheidungsbegehren zu stellenden Unterhaltsklage bedarf es somit schon nach dem klaren Wortlaut dieser Gesetzesstelle nicht. Sogar die Unterhaltsansprüche volljähriger Kinder sind unter Umständen - freilich mit der Besonderheit, dass in einem solchen Fall das volljährige Kind selbst als Antragsteller auftreten müsste (7 Ob 568/92 = JBl 1993, 194; Gitschthaler, Unterhaltsrecht [2001], Rz 807), durchsetzbar. Unterhaltsansprüche von minderjährigen Kindern können darüber hinaus auch im Pflegschaftsverfahren geltend gemacht werden (5 Ob 907/76; Gitschthaler, aaO Rz 806) - und zwar selbst dann, wenn im Zusammenhang mit einem Eheverfahren bereits Provisorialunterhalt beantragt wurde (RIS-Justiz RS0005928; Zechner, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung, Rz 10 zu § 382). Jedenfalls auch im Ehescheidungsprozess der Eltern kann für das eheliche (minderjährige) Kind Unterhalt dann in Geld begehrt werden, solange die Sorgepflicht für das Kind für die Dauer des Ehescheidungsverfahrens (was auch hier zutrifft) nicht strittig ist (SZ 23/204, 43/182; Gitschthaler, aaO). Paragraph 382, Absatz eins, Ziffer 8, Litera a, EO, auf den das vorliegende Provisorialbegehren von der Klägerin sowohl für sich als auch ihren im gemeinsamen Haushalt mit

dem Beklagten lebenden gemeinsamen minderjährigen Sohn gestützt wird, lässt für die Bestimmung eines einstweiligen vom unterhaltspflichtigen Vater an die Gattin und das eheliche Kind zu zahlenden Unterhaltsbeitrages den Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren genügen. Einer gleichzeitigen (zusätzlich) zum Scheidungsbegehren zu stellenden Unterhaltsklage bedarf es somit schon nach dem klaren Wortlaut dieser Gesetzesstelle nicht. Sogar die Unterhaltsansprüche volljähriger Kinder sind unter Umständen - freilich mit der Besonderheit, dass in einem solchen Fall das volljährige Kind selbst als Antragsteller auftreten müsste (7 Ob 568/92 = JBl 1993, 194; Gitschthaler, Unterhaltsrecht [2001], Rz 807), durchsetzbar. Unterhaltsansprüche von minderjährigen Kindern können darüber hinaus auch im Pflegschaftsverfahren geltend gemacht werden (5 Ob 907/76; Gitschthaler, aaO Rz 806) - und zwar selbst dann, wenn im Zusammenhang mit einem Eheverfahren bereits Provisorialunterhalt beantragt wurde (RIS-Justiz RS0005928; Zechner, Sicherungsexekution und Einstweilige Verfügung, Rz 10 zu Paragraph 382,). Jedenfalls auch im Ehescheidungsprozess der Eltern kann für das eheliche (minderjährige) Kind Unterhalt dann in Geld begehrt werden, solange die Sorgepflicht für das Kind für die Dauer des Ehescheidungsverfahrens (was auch hier zutrifft) nicht strittig ist (SZ 23/204, 43/182; Gitschthaler, aaO).

Darüber hinaus ist auch auf die Vertretungsregelungen der §§ 154, 154a ABGB zu achten: Danach kommt das Vertretungsrecht eines ehelichen (minderjährigen) Kindes grundsätzlich jedem Elternteil allein zu (§ 154 Abs 1 ABGB; Einzelvertretungsrecht: Stabentheiner in Rummel, ABGB3 Rz 2 zu §§ 154, 154a); wer die erste Verfahrenshandlung gesetzt hat, ist in zivilgerichtlichen Verfahren nach § 154a Abs 1 ABGB als allein vertretungsberechtigter Elternteil für dieses Verfahren anzusehen (was hier an sich auf die Mutter des Kindes und Antragstellerin einer Provisorialmaßnahme auch zu Gunsten ihres Sohnes zuträfe). Allerdings ist der Oberste Gerichtshof bereits in seiner Grundsatzentscheidung 1 Ob 528/84 (SZ 57/84) mit ausführlicher Begründung zum Ergebnis gelangt, dass die §§ 154, 154a ABGB nur das Recht zur Vertretung der Kinder durch ihre Eltern nach außen (also Behörden und dritten Personen gegenüber), nicht aber im Innenverhältnis zwischen den Eltern regeln; bei (wie hier) gemeinsamem Haushalt der Eltern (wovon schon auf Grund der nach wie vor aufrechten gemeinsamen Adresse, wie sie auch in den Rechtsmittelschriftsätzen an den Obersten Gerichtshof belegt sind, ausgegangen werden muss) und gemeinsamer Pflege (Obsorge) der Kinder kann kein Elternteil diese im Unterhaltsbemessungsverfahren gegen den anderen Elternteil vertreten; es bedarf vielmehr der Übertragung der mit der vollen Vertretung der Kinder zusammenhängenden Rechte und Pflichten gemäß § 176 Abs 1 ABGB (nunmehr speziell nach § 176 Abs 1 bis 3 ABGB idF KindRÄG 2001 BGBl I 2000/135) auf den antragstellenden Elternteil; erst danach kann er dann Unterhaltsleistungen (für das Kind gegenüber dem anderen Elternteil bzw Ehegatten) verlangen. Diese Grundsätze hat der Oberste Gerichtshof auch in mehreren Nachfolgeentscheidungen wiederholt (zusammengefasst in RIS-Justiz RS0047422; weiters RS0048120). Dass es sich im Falle der Entscheidung SZ 57/84 um ein außerstreitiges Unterhaltsbemessungsverfahren handelte, hier jedoch um ein solches im Rahmen eines streitigen Scheidungsverfahrens, begründet keinen Unterschied. Wie der Oberste Gerichtshof in diesen Entscheidungen - woran auch der erkennende Senat festhält - ausführte, bedarf es sohin in einem solchen Fall der Übertragung der mit der vollen Betreuung des Kindes zusammenhängenden Rechte und Pflichten gemäß § 176 ABGB auf den antragstellenden Elternteil - über den freilich hier nicht das Erst- als Prozessgericht, sondern vielmehr das zuständige Pflegschaftsgericht zu entscheiden hat, sodass schon aus diesen Erwägungen heraus die insoweit verfrühte Unterhaltsfestsetzung für das Kind vom Rekursgericht zutreffend aufgehoben und die Sanierung aufgetragen wurde, weshalb dem dagegen ankämpfenden Rekurs somit auch keine Berechtigung zukommen kann. Da die Antragstellung der Mutter für das minderjährige Kind ein Akt der gesetzlichen Stellvertretung ist und deshalb ein Anspruch des Minderjährigen geltend gemacht wird (Zechner, aaO), diese ihr jedoch nach dem Vorgesagten gegenüber dem anderen Elternteil bei der vorliegenden Konstellation nicht zukommt, ist die vorherige Befassung des Pflegschaftsgerichtes somit unumgänglich - ohne dass es allerdings dann (nämlich bei Zuerkennung des Alleinvertretungsrechtes der Mutter) auch noch der vom Rekursgericht für erforderlich erachteten besonderen pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Stellung des Provisorialantrages mehr bedürfte. Das vom Gericht zweiter Instanz in diesem Zusammenhang als Belegstelle genannte Zitat Hopf/Kathrein, Eherecht Anm 9 zu § 382 EO beruft sich seinerseits nur auf oberlandesgerichtliche Entscheidungen, ohne dass jedoch auch auf die vom Obersten Gerichtshof ergangenen (und für den vorliegenden Fall maßgeblichen) Judikate RIS-Justiz RS0047422, speziell SZ 57/84 eingegangen wird. Schließlich vermag an diesem Ergebnis auch der Umstand nichts zu ändern, dass das Pflegschaftsgericht zwischenzeitlich - im zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit dem verfahrensgegenständlichen Ehescheidungsverfahren - einen Obsorgezuweisungsantrag der Mutter rechtskräftig beschlussmäßig abgewiesen hat, weil es sich hierbei (wie aus der

dortigen Entscheidungsbegründung (im dem zu Grunde liegenden Antragsvorbringen hervorgeht) ausschließlich um einen solchen nach § 177b ABGB idF KindRÄG 2001 (das Zitat "§ 177c ABGB" im Beschluss des PflEGschaftsgerichtes ist ein offenkundiges Fehlzitat) handelte und es im vorliegenden Fall ja nicht um die Betrauung eines Elternteiles allein mit der Obsorge nach Trennung oder Scheidung, sondern - wie ausgeführt - bloß um eine zur Sicherung des Wohles des Kindes nötige Entziehungsverfügung nach § 176 ABGB geht, worüber derzeit jedoch noch keine beschlussmäßige Entscheidung des zuständigen PflEGschaftsgerichtes vorliegt. Darüber hinaus ist auch auf die Vertretungsregelungen der Paragraphen 154,, 154a ABGB zu achten: Danach kommt das Vertretungsrecht eines ehelichen (minderjährigen) Kindes grundsätzlich jedem Elternteil allein zu (Paragraph 154, Absatz eins, ABGB; Einzelvertretungsrecht: Stabentheiner in Rummel, ABGB3 Rz 2 zu Paragraphen 154,, 154a); wer die erste Verfahrenshandlung gesetzt hat, ist in zivilgerichtlichen Verfahren nach Paragraph 154 a, Absatz eins, ABGB als allein vertretungsberechtigter Elternteil für dieses Verfahren anzusehen (was hier an sich auf die Mutter des Kindes und Antragstellerin einer Provisorialmaßnahme auch zu Gunsten ihres Sohnes zuträfe). Allerdings ist der Oberste Gerichtshof bereits in seiner Grundsatzentscheidung 1 Ob 528/84 (SZ 57/84) mit ausführlicher Begründung zum Ergebnis gelangt, dass die Paragraphen 154,, 154a ABGB nur das Recht zur Vertretung der Kinder durch ihre Eltern nach außen (also Behörden und dritten Personen gegenüber), nicht aber im Innenverhältnis zwischen den Eltern regeln; bei (wie hier) gemeinsamem Haushalt der Eltern (wovon schon auf Grund der nach wie vor aufrechten gemeinsamen Adresse, wie sie auch in den Rechtsmittelschriftsätzen an den Obersten Gerichtshof belegt sind, ausgegangen werden muss) und gemeinsamer Pflege (Obsorge) der Kinder kann kein Elternteil diese im Unterhaltsbemessungsverfahren gegen den anderen Elternteil vertreten; es bedarf vielmehr der Übertragung der mit der vollen Vertretung der Kinder zusammenhängenden Rechte und Pflichten gemäß Paragraph 176, Absatz eins, ABGB (nunmehr speziell nach Paragraph 176, Absatz eins bis 3 ABGB in der Fassung KindRÄG 2001 BGBl. römisch eins 2000/135) auf den antragstellenden Elternteil; erst danach kann er dann Unterhaltsleistungen (für das Kind gegenüber dem anderen Elternteil bzw. Ehegatten) verlangen. Diese Grundsätze hat der Oberste Gerichtshof auch in mehreren Nachfolgeentscheidungen wiederholt (zusammengefasst in RIS-Justiz RS0047422; weiters RS0048120). Dass es sich im Falle der Entscheidung SZ 57/84 um ein außerstreitiges Unterhaltsbemessungsverfahren handelte, hier jedoch um ein solches im Rahmen eines streitigen Scheidungsverfahrens, begründet keinen Unterschied. Wie der Oberste Gerichtshof in diesen Entscheidungen - woran auch der erkennende Senat festhält - ausführte, bedarf es sohin in einem solchen Fall der Übertragung der mit der vollen Betreuung des Kindes zusammenhängenden Rechte und Pflichten gemäß Paragraph 176, ABGB auf den antragstellenden Elternteil - über den freilich hier nicht das Erst- als Prozessgericht, sondern vielmehr das zuständige PflEGschaftsgericht zu entscheiden hat, sodass schon aus diesen Erwägungen heraus die insoweit verfrühte Unterhaltsfestsetzung für das Kind vom Rekursgericht zutreffend aufgehoben und die Sanierung aufgetragen wurde, weshalb dem dagegen ankämpfenden Rekurs somit auch keine Berechtigung zukommen kann. Da die Antragstellung der Mutter für das minderjährige Kind ein Akt der gesetzlichen Stellvertretung ist und deshalb ein Anspruch des Minderjährigen geltend gemacht wird (Zechner, aaO), diese ihr jedoch nach dem Vorgesagten gegenüber dem anderen Elternteil bei der vorliegenden Konstellation nicht zukommt, ist die vorherige Befassung des PflEGschaftsgerichtes somit unumgänglich - ohne dass es allerdings dann (nämlich bei Zuerkennung des Alleinvertretungsrechtes der Mutter) auch noch der vom Rekursgericht für erforderlich erachteten besonderen pflEGschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Stellung des Provisorialantrages mehr bedürfte. Das vom Gericht zweiter Instanz in diesem Zusammenhang als Belegstelle genannte Zitat Hopf/Kathrein, Eherecht Anmerkung 9 zu Paragraph 382, EO beruft sich seinerseits nur auf oberlandesgerichtliche Entscheidungen, ohne dass jedoch auch auf die vom Obersten Gerichtshof ergangenen (und für den vorliegenden Fall maßgeblichen) Judikate RIS-Justiz RS0047422, speziell SZ 57/84 eingegangen wird. Schließlich vermag an diesem Ergebnis auch der Umstand nichts zu ändern, dass das PflEGschaftsgericht zwischenzeitlich - im zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit dem verfahrensgegenständlichen Ehescheidungsverfahren - einen Obsorgezuweisungsantrag der Mutter rechtskräftig beschlussmäßig abgewiesen hat, weil es sich hierbei (wie aus der dortigen Entscheidungsbegründung in Verbindung mit dem zu Grunde liegenden Antragsvorbringen hervorgeht) ausschließlich um einen solchen nach Paragraph 177 b, ABGB in der Fassung KindRÄG 2001 (das Zitat "§ 177c ABGB" im Beschluss des PflEGschaftsgerichtes ist ein offenkundiges Fehlzitat) handelte und es im vorliegenden Fall ja nicht um die Betrauung eines Elternteiles allein mit der Obsorge nach Trennung oder Scheidung, sondern - wie ausgeführt - bloß um eine zur Sicherung des Wohles des Kindes nötige Entziehungsverfügung nach Paragraph 176, ABGB geht, worüber derzeit jedoch noch keine beschlussmäßige Entscheidung des zuständigen PflEGschaftsgerichtes vorliegt.

Die weitere Aufhebung des Rekursgerichtes erfolgte ausschließlich aus Gründen, die im Tatsachenbereich (Anrechenbarkeit naturaliter vom Vater getragener Kosten etc) liegen, und deren Klärung das Rekursgericht für notwendig erachtete, sodass deren Überprüfung dem Obersten Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, in diesem Verfahrensstadium grundsätzlich nicht zukommt (RIS-Justiz RS0043814). Dies hat offenbar auch das Rekursgericht erkannt, da es seinen Rekurszulassungsausspruch ja ausdrücklich (und ausschließlich) mit dem verfahrensrechtlichen Komplex der Einbindung des minderjährigen ehelichen Sohnes in das Ehescheidungs- und Provisorialverfahren zwischen den Eltern begründete. Soweit sich die Rechtsmittelwerberin allerdings in diesem Zusammenhang dagegen wendet (sonstige Punkte werden hiezu im Rechtsmittel nicht angeschnitten), dass "sämtliche Kosten für den PKW der Gesamtnutzung durch die Familie unterworfen" wurden, ist sie tatsächlich im Recht: Nach der Rechtsprechung können nämlich bei der Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen Aufwendungen für den Ankauf und den Betrieb eines PKWs nur dann dessen Unterhaltsbemessungsgrundlage mindern (schmälern), wenn die Verwendung des Fahrzeuges zur Erzielung eines Arbeitseinkommens erforderlich ist (Gitschthaler, aaO Rz 530 mwN zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes) oder er seinen auswärtigen Arbeitsplatz mit öffentlichen Verkehrsmitteln nicht erreichen kann (4 Ob 388/97f mwN). Von all dem kann nach den bisher getroffenen Feststellungen vorerst nicht ausgegangen werden (vom Beklagten im Rahmen seiner Parteienvernehmung zu Protokoll gegebene Ausführungen hiezu sind - soweit ihnen Derartiges überhaupt entnommen werden könnte - nicht in die Feststellungen eingeflossen). Darüber wird im zweiten Rechtsgang die vom Rekursgericht (auch aus anderen Gründen bereits) für notwendig erachtete Erörterung noch nachzuholen sein. Eine (wie vom Gericht zweiter Instanz vorgenommene) "Kompensation" des PKW-Kostenaufwandes mit einem vom Dienstgeber des Beklagten geleisteten monatlichen Essenszuschuss ist jedoch rechtlich jedenfalls verfehlt und insoweit die Rechtsansicht des Rekursgerichtes für den nächsten Rechtsgang zu korrigieren. Der Kostenvorbehalt ist im § 393 EO begründet. Die weitere Aufhebung des Rekursgerichtes erfolgte ausschließlich aus Gründen, die im Tatsachenbereich (Anrechenbarkeit naturaliter vom Vater getragener Kosten etc) liegen, und deren Klärung das Rekursgericht für notwendig erachtete, sodass deren Überprüfung dem Obersten Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, in diesem Verfahrensstadium grundsätzlich nicht zukommt (RIS-Justiz RS0043814). Dies hat offenbar auch das Rekursgericht erkannt, da es seinen Rekurszulassungsausspruch ja ausdrücklich (und ausschließlich) mit dem verfahrensrechtlichen Komplex der Einbindung des minderjährigen ehelichen Sohnes in das Ehescheidungs- und Provisorialverfahren zwischen den Eltern begründete. Soweit sich die Rechtsmittelwerberin allerdings in diesem Zusammenhang dagegen wendet (sonstige Punkte werden hiezu im Rechtsmittel nicht angeschnitten), dass "sämtliche Kosten für den PKW der Gesamtnutzung durch die Familie unterworfen" wurden, ist sie tatsächlich im Recht: Nach der Rechtsprechung können nämlich bei der Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen Aufwendungen für den Ankauf und den Betrieb eines PKWs nur dann dessen Unterhaltsbemessungsgrundlage mindern (schmälern), wenn die Verwendung des Fahrzeuges zur Erzielung eines Arbeitseinkommens erforderlich ist (Gitschthaler, aaO Rz 530 mwN zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes) oder er seinen auswärtigen Arbeitsplatz mit öffentlichen Verkehrsmitteln nicht erreichen kann (4 Ob 388/97f mwN). Von all dem kann nach den bisher getroffenen Feststellungen vorerst nicht ausgegangen werden (vom Beklagten im Rahmen seiner Parteienvernehmung zu Protokoll gegebene Ausführungen hiezu sind - soweit ihnen Derartiges überhaupt entnommen werden könnte - nicht in die Feststellungen eingeflossen). Darüber wird im zweiten Rechtsgang die vom Rekursgericht (auch aus anderen Gründen bereits) für notwendig erachtete Erörterung noch nachzuholen sein. Eine (wie vom Gericht zweiter Instanz vorgenommene) "Kompensation" des PKW-Kostenaufwandes mit einem vom Dienstgeber des Beklagten geleisteten monatlichen Essenszuschuss ist jedoch rechtlich jedenfalls verfehlt und insoweit die Rechtsansicht des Rekursgerichtes für den nächsten Rechtsgang zu korrigieren. Der Kostenvorbehalt ist im Paragraph 393, EO begründet.

#### **Anmerkung**

E64278 7Ob317.01w

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0070OB00317.01W.0114.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20020114\_OGH0002\_0070OB00317\_01W0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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