

TE OGH 2000/11/23 6Ob228/00y

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.11.2000

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Pflegschaftssache der mj. Kinder Paul P***** und Lea P*****, beide vertreten durch den Magistrat der Stadt Wien als Unterhaltssachwalter, über den Revisionsrekurs des Vaters Ing. Thomas P*****, gegen den Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 17. Mai 2000, GZ 43 R 242/00g, 185/00z-175, womit der Beschluss des Bezirksgerichtes Liesing vom 9. Dezember 1999, GZ 5 P 4/98w-154, bestätigt wurde, den Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der erstgerichtliche Beschluss ON 154 und der Beschluss des Rekursgerichtes, der in seinem Ausspruch über die teilweise Bestätigung und teilweise Abänderung des erstgerichtlichen Beschlusses ON 166 als unangefochten unberührt bleibt, werden im Übrigen aufgehoben. Dem Erstgericht wird eine neue Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Text

Begründung:

Der Revisionsrekurswerber ist ehelicher Vater des am 15. 11. 1987 geborenen Paul und der am 14. 4. 1990 geborenen Lea. Er ist seit 15. 11. 1997 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von 4.750 S für Paul und von 4.000 S für Lea verpflichtet. Am 3. 2. 1999 begehrte der Vater Herabsetzung der monatlichen Unterhaltsleistungen ab 1. 9. 1998 auf 2.700 S für Paul und auf 2.450 S für Lea. Er habe sein Dienstverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber mit 15. 6. 1998 deshalb aufgelöst, weil das Arbeitsklima bedingt durch das Vorgehen des Unterhaltssachwalters (dieser hatte eine Lohnauskunft eingeholt, ohne den Vater davor in Kenntnis zu setzen) zerstört worden sei. Eine Abfertigung habe er nicht erhalten. Vom 15. 7. 1998 bis 9. 2. 1999 sei ihm Arbeitslosengeld von 465,40 S täglich zuerkannt worden. Das Arbeitsamt vermittelte ihn nicht, weil er beabsichtigte, seine seit 1993 bestehende Einzelfirma (Handel mit Dienstleistungen in der EDV) aufzubauen und hauptberuflich dieser selbstständigen Tätigkeit nachzugehen. 1998 habe er Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit von ca 4.800 S vor Steuern erzielt. Für 1999 erwarte er Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit von ca 14.000 S netto monatlich.

Der Unterhaltssachwalter trat dem Herabsetzungsbegehren entgegen.

Das Erstgericht wies den Herabsetzungsantrag ab. Unter Zugrundelegung eines über die tatsächlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Vaters ab 1. 1. 1996 eingeholten Sachverständigengutachtens stellte es noch fest, der

Vater habe sein Dienstverhältnis am 15. 6. 1998 selbst beendet. Er sei beim Arbeitsmarktservice arbeitslos gemeldet gewesen und habe ab 15. 7. 1998 bis 31. 10. 1999 Arbeitslosenunterstützung bezogen. Diese habe 1998 täglich 508,80 S, 1999 im Durchschnitt monatlich 13.605,98 S betragen. Der Vater sei bereits vor 1998 auch selbstständig tätig gewesen, er habe in den Jahren 1996 bis 1998 über nachstehendes Einkommen verfügt:

1996 470.505 S (darin 74.671 S aus Gewerbebetrieb), 1997 394.074 S (davon 2.664 S aus Gewerbebetrieb) und 1998 323.387 S (davon 79.118 S Arbeitsengeld und 3.853 S aus Gewerbebetrieb). Unter Einbeziehung des Arbeitsengeldes errechne sich eine Unterhaltsbemessungsgrundlage für 1998 von 27.563,75 S monatlich.

Rechtlich wendete das Erstgericht den Anspannungsgrundsatz an. Die Möglichkeit, sich selbstständig zu machen, stehe dem Vater nur insoweit frei, als er zumindest genauso viel verdiente, wie es ihm bei nichtselbstständiger Tätigkeit möglich gewesen wäre. Seit Gründung seines (selbständigen) Unternehmens im Jahr 1996 habe er die Möglichkeit gehabt, das Unternehmen neben seiner unselbstständigen Tätigkeit und während der Dauer der Arbeitslosigkeit aufzubauen. Im Hinblick auf die zur Verfügung stehende Anlaufphase von drei Jahren müsse er nun in der Lage sein, ein monatliches Einkommen von 25.000 S bis 30.000 S zu verdienen, zumal er in der Zeit der unselbstständigen Tätigkeit über ein derartiges Einkommen verfügt habe.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil Rechtsprechung zur Frage fehle, auf welche Dauer die Anspannung auf jenes Einkommen des Unterhaltpflichtigen erfolgen könne, das er während seines ohne triftige Gründe selbst aufgelösten Arbeitsverhältnisses erzielt habe. Die derzeit bestehende Unterhaltpflicht sei durch das für die Zeit bis 31. 12. 1998 belegte Durchschnittsnettoeinkommen des Vaters gerechtfertigt. Für den Zeitraum von Jänner 1999 bis Dezember 1999 (dem Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz) komme der Anspannungsgrundsatz zur Anwendung. Der unterhaltpflichtige Vater habe keinen triftigen Grund für die Selbstkündigung glaubhaft machen können, seine Argumentation indiziere vielmehr, dass er dabei eine Beeinträchtigung der Ansprüche der unterhaltsberechtigten Kinder billigend in Kauf genommen habe. Einkommenseinbußen durch Begründung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit seien nur dann hinzunehmen, wenn in absehbarer Zeit mit einem gegenüber dem bisherigen (höheren) Einkommen angemessenen Verdienst gerechnet werden könne. Der Vater habe - wie er in seinem Rekurs selbst ausführt - die selbstständige Erwerbstätigkeit bereits 1993 begründet. Im Zeitpunkt der Selbstkündigung hätten ihm daher die Erwerbschancen bekannt sein müssen. Als pflichtbewusster Familienvater - auf den hier abzustellen sei - hätte er diese Erwerbschancen gegenüber dem bisher aus unselbstständiger Tätigkeit erzielten Einkommen entsprechend abwegen müssen. Bezogen auf den Bemessungszeitraum ab 1. 9. 1998 und bis zur Entscheidung erster Instanz (9. 12. 1999) sei im Hinblick auf das für die Vergangenheit dokumentierte Einkommen des Vaters aus unselbstständiger Tätigkeit davon auszugehen, dass er in dieser Zeit - hätte er den Arbeitsplatz bei seinem früheren Arbeitgeber beibehalten - zumindest ein monatliches durchschnittliches Nettoeinkommen von 25.000 S hätte erzielen können. Dieses Einkommen rechtfertige auch die bestehende Unterhaltsverpflichtung.

Rechtliche Beurteilung

Ungeachtet der zutreffenden Ausführungen des Rekursgerichtes, wonach die Wohnanschrift der Eltern des Vaters nicht die Voraussetzungen einer Abgabestelle im Sinn des § 4 ZustG erfülle und eine wirksame Zustellung an den Vater erst mit Erhalt des zuzustellenden Schriftstückes erfolgen könne, hat das Erstgericht die Zustellung des rekursgerichtlichen Beschlusses neuerlich an diese Anschrift verfügt. Der Beschluss wurde von der Mutter des Revisionsrekurswerbers am 25. 7. 2000 entgegengenommen und offenbar danach dem Revisionsrekurswerber, der woanders wohnhaft ist, ausgefolgt. Von der Rechtzeitigkeit seines am 9. 8. 2000 zur Post gegebenen Revisionsrekurses muss daher im Zweifel ausgegangen werden. Ungeachtet der zutreffenden Ausführungen des Rekursgerichtes, wonach die Wohnanschrift der Eltern des Vaters nicht die Voraussetzungen einer Abgabestelle im Sinn des Paragraph 4, ZustG erfülle und eine wirksame Zustellung an den Vater erst mit Erhalt des zuzustellenden Schriftstückes erfolgen könne, hat das Erstgericht die Zustellung des rekursgerichtlichen Beschlusses neuerlich an diese Anschrift verfügt. Der Beschluss wurde von der Mutter des Revisionsrekurswerbers am 25. 7. 2000 entgegengenommen und offenbar danach dem Revisionsrekurswerber, der woanders wohnhaft ist, ausgefolgt. Von der Rechtzeitigkeit seines am 9. 8. 2000 zur Post gegebenen Revisionsrekurses muss daher im Zweifel ausgegangen werden.

Der Revisionsrekurs des Vaters ist zulässig und berechtigt.

Der Revisionsrekurswerber wendet sich gegen eine Anspannung auf die zuvor erzielten Einkünfte aus unselbstständiger

Tätigkeit. Er sei wegen der sich durch das Verhalten des Unterhaltssachwalters immer mehr verschlechternden Arbeitsbedingungen gezwungen gewesen, seinen Arbeitsplatz aufzugeben und seine bislang nebenberuflich ausgeübte selbständige Tätigkeit als Haupterwerb zu betreiben. Dabei müsse ihm eine Anlaufphase ab 1998 zugestanden werden, weil es ihm erst ab diesem Zeitpunkt möglich gewesen sei, die selbständige Tätigkeit in vollem Umfang auszuüben und Kunden intensiv zu betreuen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes kann selbst bei einem vom Unterhaltsschuldner verschuldeten Arbeitsplatzverlust nicht in Anwendung des Anspannungsgrundsatzes automatisch davon ausgegangen werden, dass dem Unterhaltpflichtigen weiterhin das verlorene Einkommen zur Verfügung stünde. Die Anpassung darf nicht zu einer bloßen Fiktion führen, sondern muss immer auf der hypothetischen Feststellung beruhen, welches reale Einkommen der Unterhaltpflichtige in den Zeiträumen, für die die Unterhaltsbemessung erfolgt, unter Berücksichtigung seiner konkreten Fähigkeiten und Möglichkeiten bei der gegebenen Arbeitsmarktlage zu erzielen in der Lage ist (EFSIg 77.069; ÖA 1997, 159/U 182; 1 Ob 597/95; 4 Ob 2330/97v; 6 Ob 116/00b; RIS-Justiz RS0047579; Schwimann, Unterhaltsrecht2 63 f; Purtscheller/Salzmann, Unterhaltsbemessung Rz 245 ff; Gitschthaler, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht, ÖJZ 1996, 553 [560 f]); vgl auch 1 Ob 58/00m = JBI 2000, 725). Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes kann selbst bei einem vom Unterhaltsschuldner verschuldeten Arbeitsplatzverlust nicht in Anwendung des Anspannungsgrundsatzes automatisch davon ausgegangen werden, dass dem Unterhaltpflichtigen weiterhin das verlorene Einkommen zur Verfügung stünde. Die Anpassung darf nicht zu einer bloßen Fiktion führen, sondern muss immer auf der hypothetischen Feststellung beruhen, welches reale Einkommen der Unterhaltpflichtige in den Zeiträumen, für die die Unterhaltsbemessung erfolgt, unter Berücksichtigung seiner konkreten Fähigkeiten und Möglichkeiten bei der gegebenen Arbeitsmarktlage zu erzielen in der Lage ist (EFSIg 77.069; ÖA 1997, 159/U 182; 1 Ob 597/95; 4 Ob 2330/97v; 6 Ob 116/00b; RIS-Justiz RS0047579; Schwimann, Unterhaltsrecht2 63 f; Purtscheller/Salzmann, Unterhaltsbemessung Rz 245 ff; Gitschthaler, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht, ÖJZ 1996, 553 [560 f]); vergleiche auch 1 Ob 58/00m = JBI 2000, 725).

Die Vorinstanzen haben es nun verabsäumt festzustellen, welche Einkünfte der Vater im Jahr 1999 aus selbständiger Tätigkeit erzielte. Die Beschlussfassung des Erstgerichts erfolgte am 9. 12. 1999, sodass seiner Beurteilung noch die gesamten Einkünfte des Jahres 1999 zugrundezulegen gewesen wären. Dessenungeachtet stellten die Vorinstanzen nur den Arbeitslosenbezug fest und gingen von der unzulässigen Fiktion aus, das Einkommen des Vaters wäre - hätte er 1998 nicht gekündigt - auch 1999 gleich hoch geblieben. Eine Verfahrensergänzung ist daher unerlässlich. Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren - allenfalls unter Beziehung eines Sachverständigen - festzustellen haben, welche Einkünfte der Vater 1999 aus selbständiger Tätigkeit erwirtschaftete. Bleibt sein Gesamteinkommen erheblich hinter jenem der letzten Jahre als unselbständig Erwerbstätiger zurück, könnte es zwar zur Anspannung auf die bisher erzielten unselbständigen Einkünfte kommen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es dem Unterhaltpflichtigen im Hinblick auf sein Recht auf freie Berufswahl unbenommen bleiben muss, eine unselbständige Tätigkeit für eine selbständige Beschäftigung aufzugeben (Gitschthaler aaO 562 mwN). Dass die Aufgabe seines bisherigen Arbeitsplatzes nur den Zweck gehabt hätte, den Unterhalt zu mindern, ist nicht hervorgekommen. Für die Frage einer allfälligen Anspannung wegen Berufswechsels ist aber maßgeblich, wie ein pflichtbewusster Familienvater in der konkreten Lage des Unterhaltpflichtigen die diesem zur Erzielung von Einkommen zur Verfügung stehenden Mittel an Arbeitskraft und Vermögen vernünftigerweise einsetzen würde. Die vom unterhaltpflichtigen selbständig Erwerbstätigen tatsächlich getroffenen Entscheidungen sind grundsätzlich danach zu beurteilen, ob sie nach seiner subjektiven Kenntnis und Einsicht im Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung zu billigen waren. Dabei ist nicht maßgebend, ob die zu beurteilende Entscheidung in rückblickender Betrachtung sich als bestmöglich erweist; maßgebend ist vielmehr, ob sie nach den jeweils gegebenen konkreten Umständen im Entscheidungszeitpunkt als vertretbar anzuerkennen ist (EFSIg 70.898; 6 Ob 116/00b; Gitschthaler aaO). Hätte auch ein pflichtbewusster Familienvater in der konkreten Lage des Unterhaltpflichtigen den Berufswechsel vorgenommen, müssen auch die Unterhaltpflichtigen eine durch die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit eingetretene vorübergehende Reduktion ihrer Bedürfnisse in Kauf nehmen (RIS-Justiz RS0087653). Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen können daher im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte dafür gefunden werden, dass nicht auch ein pflichtbewusster Familienvater in der Situation des hier Unterhaltpflichtigen einen entsprechenden Berufswechsel vorgenommen hätte.

Die Rechtsprechung billigt dem Unterhaltpflichtigen eine gewisse Anlaufzeit zu, in deren Verlauf das selbständige Unternehmen soweit konsolidiert sein muss, dass der Unterhaltpflichtige daraus ein gegenüber dem bisherigen

(höheren) Einkommen angemessenes Einkommen erzielen kann (RIS-Justiz RS0087653). Entgegen der Auffassung des Rekursgerichtes kann die dem Vater zuzugestehende Anlaufphase im vorliegenden Fall nicht schon in Zeiträume verlegt werden, während derer er noch unselbstständig tätig war. Sein selbständiger Tätigkeitsbereich (Dienstleistungen in der EDV) erfordert eine intensive Betreuung von Kunden, zu der er während seiner unselbstständigen Tätigkeit wohl nur in eingeschränktem Umfang in der Lage war. Er musste daher in den Jahren vor 1998 noch nicht abschätzen können, ob das daraus erzielbare selbständige Einkommen ausreichen werde, seine Verpflichtungen zu erfüllen. Selbst wenn seine Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit in den Jahren vor 1998 gering waren, durfte er zunächst noch darauf vertrauen, er werde ein entsprechendes Einkommen dann erzielen können, wenn er seine ganze Arbeitskraft dem selbständigen Beruf widmen werde.

Sollte der Vater allerdings nach der ihm hier ab 1998 einzuräumenden Anlaufzeit von ein bis zwei Jahren nicht in der Lage sein, seinem früheren Einkommen angemessene entsprechende Einkünfte zu erzielen, wäre er verpflichtet, eine seinen persönlichen Fähigkeiten und den Möglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt zu diesem Zeitpunkt entsprechende unselbstständige Tätigkeit (wieder) aufzunehmen (Gitschthaler aaO 563). Die Frage einer allfälligen Anspannung würde dann unter Umständen relevant werden. Bei Beurteilung des vorliegenden Herabsetzungsbegehrens wird das Erstgericht im fortzusetzenden Verfahren zunächst das Einkommen des Vaters für 1998 und die Folgejahre festzustellen haben. Soweit der Vater (schon für 1998) eine Erhöhung der bisher berücksichtigten Kraftfahrzeugkosten nach dem Verbraucherpreisindex anstrebt, wird er darzulegen haben, dass er ungeachtet der nunmehr geänderten Beschäftigungsverhältnisse derartige (über die üblichen Betriebsausgaben eines Selbständigen hinaus- gehende - vgl Schwimann aaO 56 f mwN) besondere Ausgaben zu tragen hat. Auch der angesprochene Abzug der Hälfte einer Pendlerpauschale ist aufklärungsbedürftig. Sollte der Vater allerdings nach der ihm hier ab 1998 einzuräumenden Anlaufzeit von ein bis zwei Jahren nicht in der Lage sein, seinem früheren Einkommen angemessene entsprechende Einkünfte zu erzielen, wäre er verpflichtet, eine seinen persönlichen Fähigkeiten und den Möglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt zu diesem Zeitpunkt entsprechende unselbstständige Tätigkeit (wieder) aufzunehmen (Gitschthaler aaO 563). Die Frage einer allfälligen Anspannung würde dann unter Umständen relevant werden. Bei Beurteilung des vorliegenden Herabsetzungsbegehrens wird das Erstgericht im fortzusetzenden Verfahren zunächst das Einkommen des Vaters für 1998 und die Folgejahre festzustellen haben. Soweit der Vater (schon für 1998) eine Erhöhung der bisher berücksichtigten Kraftfahrzeugkosten nach dem Verbraucherpreisindex anstrebt, wird er darzulegen haben, dass er ungeachtet der nunmehr geänderten Beschäftigungsverhältnisse derartige (über die üblichen Betriebsausgaben eines Selbständigen hinaus- gehende - vergleiche Schwimann aaO 56 f mwN) besondere Ausgaben zu tragen hat. Auch der angesprochene Abzug der Hälfte einer Pendlerpauschale ist aufklärungsbedürftig.

Soweit der Revisionsrekurswerber neuerlich die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung anstrebt, ist er auf die zutreffenden Ausführungen des Rekursgerichtes zu verweisen. Der Grundsatz der Mündlichkeit und Öffentlichkeit gilt im Außerstreitverfahren nicht. Von bestimmten, hier nicht vorliegenden Sonderfällen abgesehen können Entscheidungen im außerstreitigen Verfahren daher prinzipiell ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung gefällt werden.

Anmerkung

E59889 06A02280

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2000:0060OB00228.00Y.1123.000

Dokumentnummer

JJT_20001123_OGH0002_0060OB00228_00Y0000_000

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