

# TE OGH 1998/1/27 10b21/98i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.01.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr.Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Zechner als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj. Melanie D\*\*\*\*\*, vertreten durch DDr.Manfred Nordmeyer und Dr.Widukind W.Nordmeyer, Rechtsanwälte in Wels, wegen Unterhalts infolge "außerordentlichen" Revisionsrekurses des Kindes gegen den Beschluß des Landesgerichts Wels als Rekursgerichts vom 22.Oktober 1997, GZ 21 R 368/97k-82, den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

- 1) Der Rekurs des Kindes gegen den Aufhebungsbeschluß des Gerichts zweiter Instanz wird zurückgewiesen.
- 2) Dem Revisionsrekurs des Kindes wird nicht Folge gegeben.

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Zu 1):

Der Aufhebungsbeschluß eines Gerichts zweiter Instanz ohne Zulassungsausspruch ist gemäß § 14 Abs 4 AußStrG unanfechtbar. Der "außerordentliche" Revisionsrekurs gegen den aufhebenden Teil des angefochtenen Beschlusses ist daher schon deshalb zurückzuweisen, weil es an einem Zulassungsausspruch gemäß § 14 Abs 4 AußStrG mangelt. Der Aufhebungsbeschluß eines Gerichts zweiter Instanz ohne Zulassungsausspruch ist gemäß Paragraph 14, Absatz 4, AußStrG unanfechtbar. Der "außerordentliche" Revisionsrekurs gegen den aufhebenden Teil des angefochtenen Beschlusses ist daher schon deshalb zurückzuweisen, weil es an einem Zulassungsausspruch gemäß Paragraph 14, Absatz 4, AußStrG mangelt.

Zu 2):

Die Ehe der Eltern der am 4.Juli 1993 geborenen Melanie wurde mit Urteil vom 12.Juli 1995 rechtskräftig geschieden. Der Vater hat seiner Tochter aufgrund einer im Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren erlassenen einstweiligen Verfügung vom 1.Juni 1995 Unterhalt von 3.200 S monatlich ab 17.Mai 1995 zu leisten. Er ist auch seiner geschiedenen Ehegattin zu Unterhaltsleistungen verpflichtet. Melanie wird im Haushalt ihrer Mutter betreut.

Der Vater hat Volks- und Hauptschulbildung. Von 1981 bis 1984 absolvierte er eine Ausbildung als landwirtschaftlicher Facharbeiter, legte jedoch keine Lehrabschlußprüfung ab. Danach war er abwechselnd als Hilfs- bzw Landarbeiter tätig. Von 1989 bis zum 31.März 1996 arbeitete er in einem metallverarbeitenden Unternehmen

(Drahtseilproduktion) und wurde dort schließlich Schichtmeister. Vom Jänner 1995 bis einschließlich März 1996 verdiente er - unter Berücksichtigung einer Nachzahlung im April 1996 und von Abzügen aufgrund von Lohnpfändungen - insgesamt 407.117 S netto. Das entspricht 27.141 S monatlich. An Urlaubsentschädigung erhielt er "mit der Abrechnung für März 1996" 149.314 S und an Abfertigung 119.943 S jeweils brutto. Davon blieben ihm 253.102 S netto. Dieses Beschäftigungsverhältnis endete durch mit Rationalisierungsmaßnahmen begründete Dienstgeberkündigung. Danach meldete sich der Vater beim Arbeitsmarktservice als arbeitslos. Sein Anspruch auf Arbeitslosengeld ruhte wegen der bezogenen Urlaubsentschädigung vom 2. April bis 3. Juli 1996. Ab 4. Juli 1996 erhielt er Arbeitslosengeld von 439,20 S täglich (durchschnittlich 13.350 S monatlich netto). Er bewarb sich selbst erfolglos bei vielen Unternehmen als Vorarbeiter bzw Schichtmeister. Auch den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsmarktservice war kein Erfolg beschieden. Die Chance, einen adäquaten Ersatzarbeitsplatz in der Metallbranche zu finden, waren von vornherein "äußerst gering", weil Vorarbeiter- bzw Schichtmeisterpositionen nur in Einzelfällen mit betriebsfremden Arbeitskräften besetzt werden. Spezielle Kenntnisse des Vaters in der Drahtseilproduktion waren in der sonstigen Metallbranche nicht "gut verwertbar". Er hätte daher in dieser Branche nur einen Arbeitsplatz als Hilfsarbeiter finden können und als solcher rund 13.500 S monatlich netto verdient. Auch die in verschiedenen Branchen unternommenen Versuche des Vaters, eine Hilfsarbeitertätigkeit zu finden, schlugen fehl. Vom 9. September bis 4. Oktober 1996 besuchte er einen Kurs der Arbeiterkammer "Aktivgruppe für Arbeitsuchende". Seit 1. Juni 1997 ist er wieder in seinem erlernten Beruf als Landarbeiter beschäftigt. Sein Einkommen als solcher ist noch nicht abschließend geklärt.

Der Vater beantragte am 9. Juli 1996 (Einlangen bei Gericht) die Herabsetzung seiner Unterhaltspflicht. Er präzierte dieses Begehren schließlich dahin, den für die Minderjährige zu leistenden Unterhaltsbeitrag ab 1. Juli 1996 auf 2.000 S monatlich herabzusetzen. Am 23. Juli 1997 beantragte er eine weitere Herabsetzung der Unterhaltspflicht auf 1.800 S monatlich ab 1. Juni 1997. Er brachte vor, sein Dienstverhältnis in der Metallbranche sei am 31. März 1996 durch Arbeitgeberkündigung beendet worden. Daraufhin habe er eine Abfertigung von rund 119.000 brutto und eine Urlaubsentschädigung für etwa drei Monate erhalten. Wegen dieser Entschädigung habe er drei Monate keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld gehabt. An Arbeitslosenunterstützung habe er seit Juli 1996 etwa 12.000 S monatlich netto erhalten. Trotz persönlicher Bemühungen habe er vorerst keine andere Beschäftigung gefunden. Seit 1. Juni 1997 arbeite er als landwirtschaftlicher Facharbeiter und verdiene etwa 9.100 S monatlich netto.

Das Kind wendete sich gegen jede Unterhaltsherabsetzung und beantragte seinerseits, dem Vater die Zahlung eines Unterhaltsrückstands von 24.914 S für den Zeitraum von Jänner 1995 bis einschließlich Juli 1996 aufzutragen und den Unterhaltsbeitrag ab 1. August 1996 mit 3.200 S monatlich festzusetzen. Der Vater habe bei seinem früheren Dienstgeber 36.575 S monatlich netto verdient. An Abfertigung habe er 119.943 S erhalten und den Anspruch der Kindesmutter (und damit offenbar auch des Kindes) dadurch zu schmälern gesucht, daß er sich Überstunden - anders als in den Vorjahren - nicht mehr habe auszahlen lassen. Nur deshalb habe er nach Auflösung seines Dienstverhältnisses zunächst keine Arbeitslosenunterstützung erhalten, sei doch eine solche Unterstützung bis zur Höhe der Urlaubsentschädigung entfallen (ON 44). Andernfalls hätte der Vater in der Vergangenheit ein höheres Einkommen und nach Auflösung des Dienstverhältnisses sofort Arbeitslosenunterstützung bezogen. Unter Abzug der Zahlungen ergebe sich der begehrte Unterhaltsrückstand als Rest. Der Unterhaltsanspruch betrage 13 % der (teils fiktiven) Bemessungsgrundlage. Der Vater sei ab 1. August 1996 auf einen Unterhaltsbeitrag von 3.200 S monatlich anzuspannen, weil er schon seit Dezember 1995 über die bevorstehende Arbeitgeberkündigung Bescheid gewußt habe. Bei entsprechenden Bemühungen hätte es ihm daher gelingen müssen, einen adäquaten Ersatzarbeitsplatz zu finden.

Das Erstgericht sprach dem Kind den begehrten Unterhaltsrückstand zu und setzte den Unterhaltsbeitrag mit 2.000 S vom 1. August 1996 bis 31. Mai 1997 und mit 1.800 S ab 1. Juni 1997 - jeweils monatlich - fest. Die Mehrbegehren des Kindes und des Vaters wies es ab. Der Unterhaltsanspruch eines Kindes im Alter bis zu sechs Jahren betrage 16 % der Bemessungsgrundlage, wenn der Unterhaltsschuldner keine weiteren Sorgepflichten habe. Dessen Unterhaltspflicht gegenüber seiner geschiedenen Ehegattin reduziere den Kindesunterhalt hier um 1 bis 3 %. Dabei ergäbe sich selbst dann kein höherer als der zuerkannte Unterhaltsanspruch, wenn für die weitere Sorgepflicht des Vaters bloß ein Abzug von 1 % gemacht werde. Weil der Vater vor seiner Arbeitslosigkeit sehr gut verdient und eine hohe Abfertigung erhalten habe, sei er jedenfalls verpflichtet, den begehrten Unterhaltsrückstand zu bezahlen.

Das Gericht zweiter Instanz erkannte dem Kind für den Zeitraum vom Jänner 1995 bis einschließlich Juli 1996 einen

Unterhaltsrückstand von 3.900 S zu und wies das Mehrbegehren ab. Im übrigen setzte es den Unterhaltsbeitrag vom 1. August 1996 bis 30. Juni 1997 mit 2.500 S und ab 1. Juli 1997 mit 1.800 S - jeweils monatlich - fest und wies das Mehrbegehren des Kindes auf Zuerkennung eines Unterhaltsbeitrags "von mehr als 2.500 S" monatlich ab 1. August 1996 und jenes des Vaters auf Herabsetzung der Unterhaltspflicht von Juli 1996 bis einschließlich Mai 1997 auf 2.000 S und für Juni 1997 auf 1.800 S - jeweils monatlich - ab. In Ansehung des Unterhaltsbegehrens des Kindes ab Juli 1997 hob das Rekursgericht den angefochtenen Beschluß soweit auf, "als nicht ein 1.800 S monatlich, nicht aber 2.500 S monatlich übersteigender Unterhalt zuerkannt wurde", und trug dem Erstgericht die Ergänzung des Verfahrens und die neuerliche Entscheidung auf. Weiters sprach es aus, daß der "ordentliche Revisionsrekurs" nicht zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht, daß die Urlaubsentschädigung die Unterhaltsbemessungsgrundlage in jenem Zeitraum, auf den sich das Nachzahlungsbegehren beziehe, nicht vermehre, sei doch der Anspruch auf Urlaubsentschädigung erst mit der Auflösung des Dienstverhältnisses fällig geworden (EFSlg 76.708). Diese Entschädigung sei daher wie die Abfertigung der Unterhaltsbemessungsgrundlage im Zeitraum nach Auflösung des Dienstverhältnisses hinzuzurechnen. Das ergebe - bei einem Unterhaltsanspruch von 13 % - für Jänner 1995 bis März 1996 einen Unterhaltsbeitrag von 3.500 S monatlich. Dieser Betrag sei nicht unangemessen hoch, weil er nicht einmal das Doppelte des Durchschnittsbedarfs eines Kindes dieser Altersgruppe (1.860 S bzw 1.900 S) erreiche. Von April bis Juli 1996 ändere sich nichts, weil der Vater seinen Lebensstandard mit Hilfe der Urlaubsentschädigung, der Abfertigung und des Arbeitslosengelds ab Juli 1996 aufrechterhalten habe können. Zahlungen des Vaters von 62.600 S stehe demnach ein Unterhaltsanspruch des Kindes von insgesamt 66.500 S im strittigen Zeitraum gegenüber. Die Differenz ergebe einen Unterhaltsrückstand von bloß 3.900 S.

Ogleich Personen, die als Vorarbeiter bzw Schichtmeister tätig gewesen seien, "kaum als einfache Hilfsarbeiter angestellt" würden, könne dem Vater nicht vorgeworfen werden, längere Zeit einen solchen Ersatzarbeitsplatz erfolglos gesucht und schließlich eine Beschäftigung in seinem erlernten Beruf angenommen zu haben. Eine Anspannung auf das Einkommen eines Hilfsarbeiters komme daher nicht in Betracht. Dennoch ergebe sich für den Zeitraum von August 1996 bis Juni 1997 ein Unterhaltsanspruch von 2.500 S monatlich, weil die Abfertigung des Vaters - bis zu deren Erschöpfung - seinen "monatlichen Einkünften ... in Teilbeträgen bis zur Höhe des von ihm vor Beendigung seines Dienstverhältnisses erzielten monatlichen Nettoeinkommens" hinzuzurechnen sei. Nicht spruchreif sei die Rechtssache dagegen für den Zeitraum ab 1. Juli 1997, weil die Höhe des monatlichen Nettoeinkommens des Vaters aufgrund der an ein mangelfreies Verfahren zu stellenden Anforderungen noch nicht abschließend geklärt sei.

Der außerordentliche Revisionsrekurs ist zulässig, jedoch nicht berechtigt

Nach Ansicht der Rechtsmittelwerberin ist die Rechtsprechung zur Einbeziehung einer Abfertigung in die Unterhaltsbemessungsgrundlage uneinheitlich. Zur Darlegung dieses Standpunkts beruft sie sich - neben Judikatur von Gerichten zweiter Instanz - auf zwei Entscheidungen des erkennenden Senats (1 Ob 683/90 = RZ 1991/35 = EFSlg 62.144 = JUS Z 783 und 1 Ob 504, 505/95 = ÖA 1995,124 = EFSlg 77.236 = JUS Z 1844) und eine weitere Entscheidung des 5. Senats (5 Ob 1561/94 = EFSlg 74.302). Nach Ansicht der Rechtsmittelwerberin ist die Rechtsprechung zur Einbeziehung einer Abfertigung in die Unterhaltsbemessungsgrundlage uneinheitlich. Zur Darlegung dieses Standpunkts beruft sie sich - neben Judikatur von Gerichten zweiter Instanz - auf zwei Entscheidungen des erkennenden Senats (1 Ob 683/90 = RZ 1991/35 = EFSlg 62.144 = JUS Ziffer 783 und 1 Ob 504, 505/95 = ÖA 1995,124 = EFSlg 77.236 = JUS Ziffer 1844,) und eine weitere Entscheidung des 5. Senats (5 Ob 1561/94 = EFSlg 74.302).

Die behauptete Rechtsprechungsdivergenz besteht allerdings nicht. In 1 Ob 504, 505/95 ging es - anders als hier - um eine sehr hohe Abfertigung (S 1,141.705,20) anlässlich des Übertritts in den Ruhestand, deren "Überbrückungscharakter" daher in seiner Bedeutung deutlich zurücktrat. Angesichts der nicht unbeträchtlichen monatlichen Pensionsbezüge des Vaters orientierte sich die Aufteilung der Abfertigung dort zugunsten des Unterhaltspflichtigen billigerweise an seiner statistischen Lebenserwartung. Gerade dieser Einzelfall belegt, daß die Aufteilung einmaliger Zahlungen stets nach den jeweiligen Lebensverhältnissen angemessen vorzunehmen ist.

Was für jenen Einzelfall billig war, gilt jedoch dann nicht, wenn die Abfertigung für den Unterhaltsschuldner bis zur Wiederaufnahme der Berufstätigkeit - wie hier - reinen Überbrückungscharakter hat, um den bisherigen Lebensstandard aufrechterhalten zu können. Steht dieser Abfertigungszweck im Vordergrund, so kann eine solche gesetzlich gebührende einmalige Zahlung nach einhelliger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs auf so viele Monate aufgeteilt werden, als sie Monatsentgelten entspricht (EFSlg 76.707; EFSlg 74.302; JBl 1994, 830; ÖA 1994, 67;

RZ 1991/35 ua), ohne daß eine solche Aufteilung jede andere in konkreten Einzelfällen allenfalls auch nicht unbillige Variante jedenfalls ausschlosse.

Der erkennende Senat billigt hier die vom Gericht zweiter Instanz gewählte Aufteilungsvariante. Daran vermag - entgegen der Ansicht der Rechtsmittelwerberin - der Umstand nichts zu ändern, daß sie sich - aus welchen Gründen immer - entschlossen hatte, den antragsabweisenden Teil der Entscheidung des Erstgerichts nicht zur Gänze anzufechten.

Es trifft zu, daß die begehrte Unterhaltsleistung für die Vergangenheit im Verfahren erster Instanz auch damit begründet wurde, daß der Unterhaltsschuldner den Anspruch der Kindesmutter (und damit offenbar auch des Kindes) zu schmälern gesucht habe, indem er sich Überstunden - anders als in den Vorjahren - nicht habe auszahlen lassen. Nur deshalb habe er nach Auflösung seines Dienstverhältnisses zunächst keine Arbeitslosenunterstützung erhalten, weil diese Unterstützung im Ausmaß der Urlaubsschädigung entfallen sei (ON 44). Andernfalls hätte er in der Vergangenheit ein höheres Einkommen und nach Auflösung des Dienstverhältnisses sofort eine Arbeitslosenunterstützung bezogen.

Das Gericht zweiter Instanz setzte sich mit diesem - im Rekurs des Kindes wiederholten (ON 78) - Vorbringen nicht auseinander. Darin liegt jedoch aus folgenden Gründen kein wesentlicher Verfahrensmangel:

Es muß im grundsätzlichen auch dem Unterhaltsverpflichteten jedenfalls solange, als der angemessene Unterhalt seines Kindes durch die zuerkannte Leistung erheblich über dem Durchschnittsbedarf gedeckt wird, unbenommen bleiben, zur Befriedigung seines persönlichen Erholungs- bzw Freizeitbedürnisses Zeitausgleich anstelle eines Überstundenentgelts zu wählen; auch das Unterhaltsrecht verwehrt dem Unterhaltspflichtigen nicht einen angemessenen Gestaltungsspielraum bei der Befriedigung seiner eigenen Lebensinteressen, auch wenn eine solche Selbstverwirklichung einer sonst bis zur Luxusgrenze möglichen Unterhaltsmaximierung entgegensteht.

Das dem Vater vorgeworfene Verhalten kann daher - unter Beachtung des Umfangs der Alimentierung der Rechtsmittelwerberin im strittigen Zeitraum (fast zweifacher Durchschnittsbedarf bei einem Alter von vier Jahren) - im Verhältnis zu seinem Kind gar kein Rechtsmißbrauch sein.

Dem Rechtsmittel des Kindes, in dem der Zuspruch auch des im Verfahren zweiter Instanz abgewiesenen Teils des begehrten Unterhaltsrückstands angestrebt wird, ist ein Erfolg somit zu versagen.

**Textnummer**

E48984

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0010OB00021.98I.0127.000

**Im RIS seit**

26.02.1998

**Zuletzt aktualisiert am**

11.06.2012

**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)