

# TE OGH 2010/10/5 10Ob67/10s

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.10.2010

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Schinko als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Fellinger, Dr. Hoch, Hon.-Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Pflegschaftssache der mj D\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, und D\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, beide vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger Land Vorarlberg (Bezirkshauptmannschaft Bregenz, 6901 Bregenz, Bahnhofstraße 41), wegen Unterhaltsvorschuss, über den Revisionsrekurs des Vaters R\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Clemens Pichler, Rechtsanwalt in Dornbirn, gegen den Beschluss des Landesgerichts Feldkirch als Rekursgericht vom 29. Juni 2010, GZ 3 R 205/10k-74, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Bregenz vom 23. April 2010, GZ 24 PU 78/08m-51, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

## **Beschluss**

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird, soweit er die Innehaltung mit der Auszahlung der Unterhaltsvorschüsse von jeweils 200 EUR zum Gegenstand hat, dahin abgeändert, dass die Beschlüsse des Erstgerichts in diesem Umfang wiederhergestellt werden, sodass unter Bedachtnahme auf den in Rechtskraft erwachsenen Teil der Entscheidung des Rekursgerichts mit der Auszahlung der Unterhaltsvorschüsse in einem 250 EUR übersteigenden Betrag je Kind mit dem Ablauf des Monats April 2010 innehaltbar ist.

## **Text**

Begründung:

Mit Beschluss des Erstgerichts vom 20. 4. 2009 wurde der Vater verpflichtet, seinen Söhnen ab 29. 12. 2008 einstweiligen Unterhalt in Höhe von jeweils 480 EUR zu zahlen.

Das Erstgericht gewährte mit Beschlüssen vom 26. 11. 2009 den Minderjährigen Unterhaltsvorschüsse gemäß §§ 3, 4 Z 1 UVG in der Höhe des Exekutionstitels für den Zeitraum vom 1. 11. 2009 bis 31. 7. 2012.

Am 12. 3. 2010 beantragte der Vater, den einstweiligen Unterhalt sofort auf 144 EUR je Kind herabzusetzen. Er habe mit 31. 1. 2010 schuldlos seine Arbeitsstelle verloren und erhalte keine Zahlungen mehr von dritter Seite. Mit dem Verlust der Arbeitsstelle sei auch der Verlust der Dienstwohnung verbunden gewesen. Das monatliche Arbeitslosengeld werde voraussichtlich 800 EUR betragen. Es sei auch die Rechtsprechung zum FLAG zu berücksichtigen.

Mit Schriftsatz vom 31. 3. 2010 legte der Vater eine vor dem Magistrat der Stadt Wien am 11. 9. 2009 getroffene Unterhaltsvereinbarung vor, mit der er sich gegenüber seiner am 31. 8. 2009 geborenen unehelichen Tochter zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von 160 EUR verpflichtete. Der Unterhaltsvereinbarung wurde ein Nettoeinkommen

des Vaters einschließlich anteiliger Sonderzahlungen von 1.325 EUR monatlich zugrunde gelegt.

Der Vater legte mit Schriftsatz vom 16. 4. 2010 die Bezugsbestätigung des AMS vom 15. 4. 2010 vor, aus der sich ergibt, dass ihm vom 3. 2. bis 2. 11. 2010 ein Arbeitslosengeld von täglich 29,79 EUR zuzüglich drei Familienzuschlägen gewährt wird.

Mit Beschluss vom 23. 4. 2010 ordnete das Erstgericht die Innehaltung mit der Auszahlung der Unterhaltsvorschüsse mit einem Betrag von 230 EUR je Kind mit Ablauf des Monats April 2010 an.

Das Rekursgericht gab den von den Minderjährigen gegen diesen Beschluss erhobenen Rekursen teilweise Folge, indem es die Innehaltung der Auszahlung der gewährten Unterhaltsvorschüsse mit einem Betrag von 30 EUR je Kind verfügte und hinsichtlich des Betrags von 200 EUR den Beschluss des Erstgerichts ersatzlos aufhob. Nach der neuen Fassung des § 16 Abs 2 erster Satz UVG setze die Innehaltung das Vorliegen „begründeter Bedenken“ voraus. Ein bloßes Antragsvorbringen, mit dem Bestand oder Höhe des Unterhaltsanspruchs in Zweifel gezogen werde, reiche nicht aus. Die Bestimmung sei zugunsten der Kontinuität der Vorschussgewährung auf jene Fälle zu beschränken, in denen die Vorschüsse gemäß der Aktenlage oder offenkundig - folglich ohne weitere Erhebungen - nicht der jeweiligen materiellen gesetzlichen Unterhaltpflicht entsprächen. Bei der Bemessung des vom Vater einstweilen zu leistenden Unterhaltsbeitrags sei von einem monatlichen Einkommen von 3.004 EUR ausgegangen worden. In diesem Betrag seien auch freiwillige Dritteleistungen von monatlich durchschnittlich 650 EUR berücksichtigt worden. Aufgrund einer vom Erstgericht im Unterhaltsfestsetzungsverfahren getroffenen Negativfeststellung könne nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass es sich um freiwillige Zahlungen Dritter handle, die in die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht Eingang finden. Der Umstand, dass der Vater derzeit arbeitslos sei, sowie die Höhe der Leistung aus der Arbeitslosenversicherung alleine sei nicht ausschlaggebend für die Annahme „begründeter Bedenken“, weil bei Anwendung des Anspannungsgrundsatzes begründete Bedenken zu verneinen seien. Die bloße Behauptung des Vaters, dass die freiwilligen Dritteleistungen weggefallen seien, reiche für die Bejahung begründeter Bedenken umso weniger aus. Nur dann, wenn der Unterhaltsschuldner trotz entsprechender Bemühungen aus Gründen, wie etwa einer Krankheit oder schlechter Arbeitsmarktlage, auch bei Einsatz seiner ganzen Leistungskraft nicht in der Lage wäre, einen Arbeitsplatz zu erlangen, könnte der Unterhaltsvorschuss trotz Fortbestehens des (hohen) Titels eingestellt oder herabgesetzt werden. Wer nämlich - aus welchen Gründen immer - zu einer Erwerbstätigkeit nicht in der Lage sei, dem könne wegen der fehlenden Leistungsfähigkeit kein potentielles Einkommen unterstellt werden. In dieser Richtung sei dem Akteninhalt nichts zu entnehmen. Aktenkundig sei jedoch der gegenüber dem Zeitpunkt der Schaffung des Unterhaltstitels neue Umstand der Unterhaltsverpflichtung des Vaters für seine Tochter. Werde als Bemessungsgrundlage unverändert der Betrag von 3.004 EUR zugrunde gelegt und nach der Prozentsatzmethode ein Prozentsatz von 15 % je Kind herangezogen, vermindere sich die Höhe der einstweiligen Unterhaltsleistung auf jeweils 450 EUR. Die aktenkundige Tatsache der weiteren Sorgepflicht rechtfertige damit die Innehaltung der Auszahlung der Unterhaltsvorschüsse von Amts wegen im Betrag von jeweils 30 EUR.

Nachträglich ließ das Rekursgericht den ordentlichen Revisionsrekurs zu, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage fehle, ob nach der Novellierung des UVG durch das FamRÄG 2009 eine Innehaltung nur noch dann angeordnet werden dürfe, wenn begründete Bedenken bestünden, dass die im Exekutionstitel festgesetzte Unterhaltpflicht der gesetzlichen Unterhaltpflicht nicht entsprechend zu hoch festgesetzt sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der nur von den Kindern beantwortete Revisionsrekurs des Vaters, der eine Wiederherstellung des Beschlusses des Erstgerichts anstrebt, ist zulässig und auch berechtigt.

Das UVG wurde durch das FamRÄG 2009, BGBI I 2009/75, novelliert. Die geänderte Fassung ist im Wesentlichen am 1. 1. 2010 in Kraft getreten (§ 37 UVG) und im Anlassfall bereits anzuwenden.

Unverändert geblieben ist die Rechtslage insoweit, als die Innehaltung der Vorschussauszahlung (§ 16 Abs 2 iVm§ 19 Abs 4 UVG nach dem Zweck dieser Bestimmungen auch ohne Rekurs im Zuge eines - allenfalls auch von Amts wegen eingeleiteten - Herabsetzungsverfahrens (§ 19 Abs 1 UVG) angeordnet werden darf. Allerdings gilt in diesem Fall der in § 16 Abs 2 letzter Satz UVG normierte Rechtsmittelausschluss gegen die Innehaltungsanordnung nur dann, wenn bereits über die Herabsetzung entschieden und gegen die Entscheidung Rekurs erhoben wurde. Die auf ein laufendes erstinstanzliches Herabsetzungs- oder Einstellungsverfahren gegründete Innehaltung - wie im Anlassfall - ist anfechtbar (10 Ob 36/10g; RIS-Justiz RS0076752).

Der novellierte § 16 Abs 2 UVG erhöht die Anforderungen an eine Innehaltung, wie der zuständige Fachsenat in der bereits veröffentlichten Entscheidung vom 22. 6. 2010, 10 Ob 36/10g, ausgesprochen hat. Die mit der Novelle aus§ 7 Abs 1 Z 1 UVG eliminierten „begründeten Bedenken“ kehren in der Neufassung des§ 16 Abs 2 UVG wieder. Es ist nunmehr für eine Anordnung der Innehaltung erforderlich, dass die im Rekurs gegen einen Gewährungsbeschluss (aber auch bei Herabsetzungs- und Enthebungsanträgen [Neumayr, Unterhaltsvorschuss neu - Änderungen des UVG mit dem FamRÄG 2009, ÖJZ 2010, 164, 168]) vorgetragenen Einwendungen „begründete Bedenken“ an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung hervorrufen. Entsprechend der bisherigen Rechtsprechung zu § 7 Abs 1 Z 1 UVG (so auch IA 673/A BlgNR 24. GP 41) muss eine hohe Wahrscheinlichkeit der materiellen Unrichtigkeit der titelmäßigen Entscheidung bestehen. Es muss eine schon zur Zeit der Schaffung des Unterhaltstitels vorhandene oder durch Änderung der Unterhaltsbemessungsgrundlage inzwischen eingetretene Unangemessenheit mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein. Eine „non liquet“ Situation in Bezug auf diese Voraussetzungen geht zu Lasten des vorschussgewährenden Bundes (RIS-Justiz RS0108443). Begründete Bedenken iSd § 16 Abs 2 UVG liegen - der bisherigen Rechtsprechung zu § 7 Abs 1 Z 1 UVG entsprechend - insbesondere dann nicht vor, wenn die Voraussetzungen für die Anspannung des Unterhaltsschuldners auf einen Unterhalt in Titelhöhe gegeben sind (10 Ob 36/10g = RIS-Justiz RS0126041; RIS-Justiz RS0076377; RS0076391 [T4]).

Zu Unrecht hat das Rekursgericht verneint, dass die vom Vater in seinem Herabsetzungsantrag vorgetragenen Umstände zur Annahme begründeter Bedenken am Bestehen seiner Unterhaltpflicht in titelmäßiger Höhe ausreichen:

Die Behauptungslast, dass die Voraussetzungen für eine Anspannung des Unterhaltsschuldners auf einen Unterhalt in Titelhöhe gegeben sind, trifft den Unterhaltsgläubiger (10 Ob 36/10g; vgl 1 Ob 56/01v = RS0006261 [T5]).

Der mit einem Arbeitsplatzverlust verbundene Einkommensentfall löst auch bei einem verschuldeten Arbeitsplatzverlust nur die Obliegenheit aus, alle nach den konkreten persönlichen und Arbeitsmarktverhältnissen sinnvollen Anstrengungen zu unternehmen, wieder einen Arbeitsplatz mit entsprechenden Verdienstmöglichkeiten zu finden. Dass sich der Unterhaltpflichtige selbst in die Lage gebracht hat, einen neuen Arbeitsplatz finden zu müssen, ist solange unerheblich, als ihm nicht nachgewiesen werden kann, er hätte es auf den Verlust des Arbeitsplatzes deshalb angelegt gehabt, um seine Unterhaltpflichten nicht erfüllen zu müssen (RIS-Justiz RS0047503). Für die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes kommt es darauf an, ob sich der arbeitslose Unterhaltsschuldner - außer der Meldung beim Arbeitsmarktservice - ernsthaft und intensiv (auch in Eigeninitiative) bemüht, einen Arbeitsplatz zu finden (RIS-Justiz RS0047697 [T1]; RS0047503 [T4]).

Die Minderjährigen haben in ihrem Rekurs schon nicht einmal konkret behauptet, dass der Vater seinen Arbeitsplatzverlust verschuldet hätte. Sie führten nur aus, falls er sich in der Absicht, den Kindesunterhalt zu schmälern, mit dem Arbeitslosengeldbezug zufrieden gebe, sei er auf das Einkommen anzuspannen, das ihm 2008 bei einer Weiterbeschäftigung von seinem damaligen Vorarlberger Arbeitgeber angeboten worden sei. Sie übersehen, dass dieses Einkommen nicht der Bemessung des einstweiligen Unterhalts zugrunde gelegt wurde und im Beschluss über die Festsetzung des einstweiligen Unterhalts vom Erstgericht nicht festgestellt werden konnte, dass der Vater die Beschäftigung in Bulgarien, die er nun verloren hat, in Unterhaltsvereitelungsabsicht angenommen hätte. Teil der Bemessungsgrundlage war vielmehr das vom Vater von seinem bulgarischen Arbeitgeber bezogene Einkommen. Dass sich der Vater nach dem nunmehrigen Arbeitsplatzverlust nicht ausreichend intensiv in zumutbarer Weise um einen neuen Arbeitsplatz bemühte, haben die Minderjährigen nicht behauptet. Die Voraussetzungen für eine Anspannung auf das dem Unterhaltstitel zugrundeliegende monatliche Einkommen (3.004 EUR), von dem das Rekursgericht ausgeht, sind daher von den Minderjährigen nicht behauptet worden.

In ihrem Rekurs machten die Minderjährigen ferner geltend, es gebe keinen Anhaltspunkt dafür, dass die in der Bemessungsgrundlage von 3.004 EUR enthaltenen „weiteren Zahlungen“ von monatlich durchschnittlich 650 EUR ungeklärter Herkunft vom Vater - entgegen seiner Behauptung im Herabsetzungsantrag - nicht mehr bezogen würden. Die Auffassung des Rekursgerichts, dass ein behaupteter Einkommensentfall von mehr als einem Fünftel der Bemessungsgrundlage des Unterhaltstitels nicht geeignet sein kann, begründete Bedenken iSd § 16 Abs 2 UVG zu erwecken, vermag der erkennende Senat nicht zu teilen. Diese Frage ist jedoch nicht entscheidungswesentlich. Selbst

wenn man mit dem Rekursgericht nicht vom Entfall eines monatlichen Einkommensteils von 650 EUR des Vaters ausgeht, ist doch nach der Aktenlage mit hoher Wahrscheinlichkeit eine durch die Änderung der Unterhaltsbemessungsgrundlage inzwischen eingetretene Unangemessenheit des Unterhaltstitels anzunehmen.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass begründete Bedenken (iSd§ 7 Abs 1 Z 1 UVG aF) bestehen, wenn die Arbeitslosenunterstützung nur noch die Hälfte des der Unterhaltsbemessung zugrunde gelegten Erwerbseinkommens beträgt (8 Ob 509/91).

Im Anlassfall ist nach der Aktenlage davon auszugehen, dass der Vater aufgrund seiner Arbeitslosigkeit von der dem Unterhaltstitel zugrundeliegenden Bemessungsgrundlage (3.004 EUR monatlich) 2.354 EUR monatliches Erwerbseinkommen aus unselbstständiger Tätigkeit seit Anfang Februar 2010 nicht mehr erzielt. Für die Dauer der Arbeitslosigkeit ist die Höhe des Arbeitslosengeldes Bemessungsgrundlage (RIS-Justiz RS0009500), wobei Familienzuschläge nicht in die Bemessungsgrundlage für die Bestimmung des Unterhalts einer anderen als der zuschlagsberechtigten Person einbezogen werden dürfen (3 Ob 250/97d; 1 Ob 2292/96g). Der Familienzuschlag für ein Kind beträgt 0,97 EUR täglich (§ 20 Abs 4 AlVG iVm § 262 Abs 2 ASVG). Nach den Feststellungen des Rekursgerichts beträgt der vom Vater bezogene Grundbetrag des Arbeitslosengeldes 29,79 EUR täglich. Für Monate mit 31 Tagen bezieht er demnach ein Arbeitslosengeld (Grundbetrag und Familienzuschlag für ein Kind) von 953,56 EUR. Zählt man die vom Rekursgericht unterstellten weiteren Zahlungen an den Vater von monatlich 650 EUR dazu, beträgt die Bemessungsgrundlage rund 1.604 EUR, das sind rund 53 % des Einkommens von 3.004 EUR, auf dem die Bemessung des einstweiligen Unterhalts von 480 EUR monatlich je Kind beruht. Da nach dem bisherigen Verfahrensstand eine Verletzung der Pflicht des Vaters, den Unterhalt nach seinen Kräften zu leisten, nicht angenommen werden kann, bestehen begründete Bedenken gegen die Höhe des für die beiden Minderjährigen derzeit festgesetzten Unterhalts.

Ausgehend von einer aktuellen Bemessungsgrundlage von 1.604 EUR ergebe sich nach der Prozentsatzmethode (der unter Berücksichtigung der Sorgepflichten des Vaters vom Rekursgericht herangezogenen Prozentsatz von 15 % ist nicht strittig) ein monatlicher Unterhaltsbetrag von rund 241 EUR je Kind. Die vom Erstgericht verfügte und vom Rechtsmittelwerber und vom Bund nicht bekämpfte Innehaltung mit der Auszahlung der Unterhaltsvorschüsse mit einem 250 EUR übersteigenden Betrag je Kind wäre demnach vom Rekursgericht zu bestätigen gewesen. In Abänderung des nicht in Rechtskraft erwachsenen Teils des Beschlusses des Rekursgerichts war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Textnummer**

E95398

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

ECLI:AT:OGH0002:2010:0100OB00067.10S.1005.000

#### **Im RIS seit**

16.11.2010

#### **Zuletzt aktualisiert am**

15.01.2020

**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)