

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

28.04.2014

**Geschäftszahl**

8Ob106/13s

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden und durch den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner sowie die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn als weitere Richter in der Pflugschaftssache der Antragsteller 1. M\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\*, 2. K\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\*, 3. mj J\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\*, und 4. mj M\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\*, sämtliche vertreten durch Dr. Walter Müller, Rechtsanwalt in Linz, gegen den Antragsgegner E\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Franz X. Berndorfer, Rechtsanwalt in Linz, wegen Unterhalt, über den Revisionsrekurs der Antragsteller gegen den Beschluss des Landesgerichts Linz als Rekursgericht vom 17. April 2013, GZ 15 R 14/13d-70, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Leonfelden vom 4. April 2012, GZ PU 112/09a-45, abgeändert wurde, den

**Beschluss**

gefasst:

**Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen, die in der teilweisen Abweisung des Unterhaltsherabsetzungsantrags des Vaters als rechtskräftig von dieser Entscheidung unberührt bleiben, werden in Ansehung der Entscheidung über den vom Vater zu leistenden Unterhalt für die Zeit vom 1. März 2009 bis 31. Dezember 2010 aufgehoben. Die Pflugschaftssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

**Text****Begründung:**

Die Antragsteller sind die Kinder aus der geschiedenen Ehe des Antragsgegners. Die Zweit- bis Viertantragsteller leben im Haushalt der Mutter, der hinsichtlich der noch minderjährigen Kinder die alleinige Obsorge zukommt.

Der Vater ist gelernter Tischler und selbstständiger Landwirt. Sein Betrieb, der im relevanten Zeitraum noch je zur Hälfte im Eigentum der Eltern stand, umfasst 40 ha Grund inklusive Wald. Im Jahre 2011 übernahm der Vater den Hälfteanteil der Mutter gegen Leistung einer Ausgleichszahlung. Als Alleineigentümer eines Hauses im Zentrum der Stadtgemeinde mit zwei Wohnungen bezieht der Vater Mieteinnahmen von 385 EUR monatlich; die zweite Wohnung war ab 2009 nicht vermietet.

Das Durchschnittseinkommen des Antragsgegners aus Landwirtschaft und Mieterträgen belief sich in den Jahren 2008 bis 2010 auf rund 1.850 EUR netto monatlich (2008: 1.994 EUR, 2009: 2.214 EUR, 2010: 1.343 EUR). Darin nicht enthalten sind Naturalien sowie - mangels Offenlegung - Kapitalerträge und die Einkünfte aus Tischlerarbeiten, die der Vater neben der Landwirtschaft zumindest bis zur Auflösung der häuslichen Gemeinschaft regelmäßig für Dritte gegen Entgelt verrichtet hat.

Mit Beschluss des Erstgerichts vom 12. 11. 2009 wurde der Vater zur Leistung eines monatlichen Unterhaltsbeitrags von je 392 EUR für Erst- und Zweit- sowie je 334 EUR für Dritt- und Viertantragsteller ab 1. 11. 2009 verpflichtet; die Entscheidung über die Unterhaltspflicht für den Zeitraum vom 1. 3. 2009 bis 31. 10. 2009 blieb vorbehalten. Diese Entscheidung erwuchs in Rechtskraft.

Im November 2010 stellte der Vater den Antrag, seine Unterhaltsverpflichtung rückwirkend ab 1. 1. 2010 auf je 220 EUR für die beiden älteren und je 195 EUR für die jüngeren Kinder herabzusetzen. Er habe sich von der Landwirtschaftskammer ein Betriebskonzept erstellen lassen, das ihm ein monatliches Einkommen von nur rund 181 EUR bescheinige. Im Sinne der Anspannungstheorie sei er mit einer Unterhaltsbemessung auf Basis des kollektivvertraglichen Mindesteinkommens eines Arbeiters in seinem erlernten Tischlerberuf, das seien 1.400 EUR netto monatlich, einverstanden.

Mit Beschluss vom 4. 4. 2012 legte das Erstgericht die Unterhaltsverpflichtung des Vaters für den Zeitraum vom 1. 3. 2009 bis 31. 10. 2009 antragsgemäß mit je 392 EUR für Erst- und Zweit- sowie je 334 EUR für Dritt- und Viertantragsteller fest und wies den Herabsetzungsantrag des Vaters zur Gänze ab.

Es legte seiner Entscheidung ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen des Antragsgegners von 2.132 EUR in den Jahren 2008 und 2009 sowie 1.850 EUR ab 1. 10. 2010 zugrunde, dazu kämen noch Zinserträge und Nebenerwerbseinkünfte. Die genaue Höhe dieser weiteren Einnahmen sei zwar mangels Offenlegung nicht feststellbar, jedenfalls könne aber von rund 270 EUR monatlich ausgegangen werden.

Ab dem 1. 10. 2010 wäre es nach Ansicht des Erstgerichts dem Antragsgegner möglich gewesen, durch Vermietung bzw Verpachtung der Landwirtschaft und Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit als Tischler insgesamt mindestens 2.757 EUR monatlich zu verdienen. Unter Anspannung auf dieses Einkommen sei er durchgehend zur Leistung von Unterhalt in beantragter Höhe, die dem Regelbedarf entspreche, in der Lage.

Das Rekursgericht gab dem Rechtsmittel des Vaters teilweise Folge und änderte die vom Erstgericht festgelegte Unterhaltsverpflichtung wie folgt ab:

	1. 3.- 31. 7. 2009	1. 8. - 31. 10. 2009
Erstantragstellerin	362,--	340,--
Zweit Antragsteller	362,--	340,--
Dritt Antragsteller	320,--	300,--
Viert Antragsteller	255,--	300,--

Hinsichtlich des Anspruchszeitraums vom 1. 1. 2010 bis 30. 9. 2010 und in Ansehung der im Oktober 2009 volljährig gewordenen Erstantragstellerin wies es den Rekurs des Vaters zurück.

Für die drei Monate vom 1. 10. 2010 bis 31. 12. 2010 gab das Rekursgericht dem Rechtsmittel teilweise Folge und setzte die Unterhaltsbeiträge für die noch minderjährigen Antragsteller wie folgt herab:

	1. 10. - 31. 12. 2010
Zweit Antragsteller	230,--
Dritt Antragsteller	200,--
Viert Antragsteller	200,--

Im Übrigen, also bezüglich der Unterhaltsverpflichtung für den Zeitraum ab 1. 1. 2011, hob das Rekursgericht den angefochtenen Beschluss des Erstgerichts zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

In seiner Begründung führte das Rekursgericht aus, die festgesetzten Unterhaltsbeiträge entsprächen dem zugestandenen bzw durch das eingeholte Gutachten nachgewiesenen Durchschnittseinkommen des Vaters. Da weder sein Barvermögen, noch die Höhe der mit Tischlerarbeiten tatsächlich erzielten Einkünfte im Verfahren hervorgekommen seien, könnten diese auch nicht herangezogen werden. Eine Anspannung auf Einkünfte aus diesen Erwerbsquellen komme nicht in Betracht. Es sei nicht erkennbar, dass der Antragsgegner seine Pflichten vernachlässigt und weniger als nach seiner individuellen Leistungsfähigkeit möglich verdient habe. Das Ansinnen einer Verpachtung des landwirtschaftlichen Betriebs, um eine unselbstständige Tätigkeit als Tischler anzunehmen, sei nicht nur bezüglich der Realisierbarkeit fragwürdig, sondern auch unzumutbar.

Das Rekursgericht erklärte gemäß [§ 63 Abs 3 AußStrG](#) nachträglich den Revisionsrekurs für zulässig, weil es eine erhebliche Rechtsfrage darstelle, ob vom Vater in seiner konkreten Situation verlangt werden könne, einen Teil seines beträchtlichen Vermögensstamms heranzuziehen, um den Kindern zumindest einen Unterhalt in Höhe des Regelbedarfs zu leisten.

Der vom Antragsgegner beantwortete Revisionsrekurs der Antragsteller, mit dem die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses angestrebt wird, ist zulässig, weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abgewichen ist. Auch die mittlerweile volljährigen Erst- und Zweit Antragsteller sind bezüglich der vom Revisionsrekursverfahren ausschließlich betroffenen Unterhaltsfestsetzung für die Vergangenheit weiterhin rechtmittellegitimiert. Der Revisionsrekurs ist im Sinne des Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1. Das Erstgericht begründete seine Ansicht, dass dem Vater neben den festgestellten Einkünften aus Landwirtschaft und Vermietung mindestens weitere 270 EUR monatlich aus Zinserträgen oder nebenberuflichen Tischlerarbeiten anzurechnen seien, mit dem Anspannungsgrundsatz. In Wahrheit lag hier aber kein Anwendungsfall der Anspannung vor, weil vom

Antragsgegner nicht Bemühungen zur Erschließung zusätzlicher Einkunftsquellen gefordert wurden, sondern die Vorinstanzen erkennbar davon ausgegangen sind, dass dem Unterhaltspflichtigen tatsächlich regelmäßige Zinserträge aus Geldvermögen oder sonstige Einkünfte zugeflossen sind. Diese waren aber jedenfalls als Einkommen in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen.

2. Das Erstgericht stellte fest, dass die Eltern im relevanten Zeitraum gemeinsam über ein „beträchtliches“ Barvermögen verfügt haben, das überwiegend in Sparbüchern angelegt war (unstrittig). Damit ist aber evident, dass jedenfalls Zinserträge geflossen sind.

Das Erstgericht sah sich nach seiner Entscheidungsbegründung zu konkreten Feststellungen über die Höhe des Barvermögens nur deswegen nicht in der Lage, weil das naheheliche Aufteilungsverfahren der Eltern, das eine Vielzahl von gemeinsamen Bankkonten und Versicherungsprodukten zum Gegenstand hatte, nach Aufhebung des erstinstanzlichen Aufteilungsbeschlusses im zweiten Rechtsgang durch Ruhensvereinbarung beendet wurde. Dabei hat das Erstgericht allerdings nicht berücksichtigt, dass in ein Aufteilungsverfahren grundsätzlich nur Vermögenswerte einbezogen werden können, deren Aufteilung von den Antragstellern begehrt wird, sodass vom Vorhandensein dieser Werte auszugehen ist. Die letztendlich außergerichtliche Einigung im Aufteilungsverfahren steht einer Verwertung des unstrittigen Akteninhalts für Feststellungen im vorliegenden Unterhaltsstreit nicht entgegen.

Dem (nicht rechtskräftigen) Aufteilungsbeschluss des Erstgerichts im Verfahren Fam 35/09t-36 vom 25. 8. 2010 ist zu entnehmen, dass auf diversen, mit Nummern individualisierten Bankkonten und Versicherungsprodukten angelegtes eheliches Barvermögen in Höhe von mehr als 515.000 EUR in das Aufteilungsverfahren einbezogen war. Das Vorhandensein dieses Vermögens war zwischen den Parteien nicht strittig, woran die Aufhebung des Aufteilungsbeschlusses durch das Rekursgericht und die anschließende Verfahrensbeendigung durch Ruhen nichts ändert.

3. Für den hier relevanten Entscheidungszeitraum vom 1. 3. 2009 bis 31. 12. 2010 ist nicht maßgeblich, welchem Ehegatten welche Vermögenswerte nach dem außergerichtlichen Vollzug der Aufteilung verblieben sind, sondern

über welches Vermögen der Vater bis 31. 12. 2010 verfügen und welche Erträge er daraus beziehen konnte.

Der Antragsgegner hat im vorliegenden Verfahren zwar sehr widersprüchliche Angaben getätigt, immerhin aber im Dezember 2010 den Besitz eines Sparbuchs mit einem Einlagestand von 174.000 EUR zugestanden (ON 17, AS 157). Dem im Aufteilungsverfahren ergangenen Beschluss vom 25. 8. 2010 ist darüber hinaus zu entnehmen, dass sich namentlich bezeichnete weitere Wertträger im Gesamtbetrag von rund 127.000 EUR in der Gewahrsame des Antragsgegners befanden, die ihm auch weiterhin zugewiesen wurden.

Diese Umstände sind entscheidungswesentlich, weil sich aus einem angelegten Geldvermögen in der Größenordnung von 300.000 EUR selbst bei Annahme einer Sparbuchverzinsung von nur 1,5 % p.a. der vom Erstgericht zugrundegelegte Betrag ohne weiteres erzielen bzw. übertreffen lässt.

4. Die Aktenlage bietet, wie dargelegt, konkrete Grundlagen für die Ermittlung des dem Antragsgegner im strittigen Zeitraum zur Verfügung stehenden Geldvermögens. Die Entscheidung des Rekursgerichts, das zu Lasten der Rechtsmittelwerber die Einbeziehung von Zinserträgen zur Gänze vernachlässigt hat, ist daher mit einem sekundären Feststellungsmangel behaftet, der die abschließende rechtliche Beurteilung verhindert.

Zu beachten ist ferner, dass der Unterhaltspflichtige bei der Feststellung seiner Einkommensverhältnisse mitwirken muss, widrigens sein Einkommen nach freier Würdigung geschätzt und bei Erledigung von Anträgen auf Änderung der bisherigen Unterhaltsfestsetzung von den bisherigen Einkommensverhältnissen ausgegangen werden kann (RIS-Justiz RS0047432).

Sollten auch die Ergebnisse des ergänzten Beweisverfahrens nicht für konkrete Feststellungen ausreichen, weil der Antragsgegner seiner Mitwirkungspflicht im Verfahren weiterhin nicht nachkommt, wäre eine Schätzung der Zinserträge vorzunehmen (RIS-Justiz RS0047430; RS0047432).

5. Das Gleiche gilt für die von den Antragstellern behaupteten Einkünfte des Vaters aus nebenberuflichen Tischlerarbeiten. Tatsächlich bezogene Nebeneinkünfte sind der Unterhaltsbemessung zugrunde zu legen. Die Frage einer Anspannung würde sich, entgegen der Ansicht des Rekursgerichts, auch in diesem Punkt nur dann stellen, wenn der Vater nicht ohnehin in den

Jahren 2009 und 2010 solche Einkünfte erzielt hat, wie dies von den Antragstellern behauptet wurde.

Der Antragsgegner ist auch in diesem Punkt zur Mitwirkung verpflichtet und wird allenfalls darüber förmlich zu vernehmen sein, welche Aufträge er ausgeführt und welchen Gewinn er daraus gezogen hat. Reichen die Beweisergebnisse dennoch nicht aus, um konkrete Feststellungen zu treffen, sind auch diese Einkünfte, allenfalls nach Einvernahme der Mutter, zu schätzen.

6. Schließlich wird darauf Bedacht zu nehmen sein, dass die Unterhaltsbemessung nach Prozentkomponenten zwar für durchschnittliche Verhältnisse eine brauchbare Handhabe bietet, um den Unterhaltsberechtigten an den Lebensverhältnissen des Unterhaltspflichtigen angemessen teilhaben zu lassen (RIS-Justiz RS0057284 [T5]), nach den Kriterien der Einzelfallgerechtigkeit **aber immer auch die besonderen Umstände des Einzelfalls bedeutsam sind**. Der Unterhalt ist nicht mathematisch exakt zu berechnen (*Gitschthaler*, Unterhaltsrecht, Rz 239; ua [1 Ob 108/01s](#); [8 Ob 63/13t](#)).

**Besondere Verhältnisse können auch vorliegen, wenn der Unterhaltspflichtige einen landwirtschaftlichen Vollerwerbsbetrieb mit Waldwirtschaft und Viehhaltung betreibt und daraus neben den Geldeinkünften notorisch auch Naturalien bezieht (von der Möglichkeit des Brennholzbezugs aus eigenem Waldbestand über die Wohnmöglichkeit, die private Nutzung betrieblicher Fahrzeuge und Maschinen bis zur Lebensmittelproduktion). In einem solchen Fall bietet der reine Finanzertrag der Landwirtschaft allein kein vollständiges Bild der wirtschaftlichen Verhältnisse des Betriebsführers. Soweit Naturalbezüge in Geld bewertbar sind, sind sie bei der Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen** (RIS-Justiz RS0109238).

7. Eine Anspannung des Unterhaltsschuldners auf ein Einkommen, das er tatsächlich nicht erzielt, aber bei zumutbarem Einsatz aller seiner Kräfte erzielen könnte, kommt nur in Betracht, wenn er pflichtwidrig zumutbare Einkunftsbemühungen unterlässt. Maßstab ist das Verhalten eines pflichtgemäßen, rechtschaffenen Familienvaters (RIS-Justiz RS0047495 [T2]).

Auch selbstständig Erwerbstätige unterliegen der Obliegenheit, ihre Einkünfte in zumutbarer Weise zu maximieren und ihre Erwerbstätigkeit mit der erforderlichen wirtschaftlichen Sorgfalt zu betreiben. Es kommt darauf an, ob ihre Entscheidungen nach den jeweils konkret gegebenen Umständen im Entscheidungszeitpunkt als vertretbar anzuerkennen sind (RIS-Justiz RS0047686 [T21]). Ob sich die Entscheidung auch rückschauend betrachtet als bestmögliche erweist, ist nicht relevant (RIS-Justiz RS0047495 [T12]).

Von diesen Grundsätzen ausgehend ist die Rechtsansicht des Rekursgerichts, das eine Anspannung des fast 50-jährigen Antragsgegners auf eine unselbstständige Tätigkeit bei Verpachtung des durchaus florierenden landwirtschaftlichen Betriebs verneint hat, nicht korrekturbedürftig.

Anders verhält es sich allerdings in Bezug auf die anrechenbaren Einkünfte aus Vermietung, haben die Antragsteller doch zu Recht darauf hingewiesen, dass eine der beiden vermietbaren Wohnungen des Antragsgegners seit 2009 leer steht. Es wird zu klären sein, ob und in welcher Höhe der Vater bei zumutbarem Bemühen auch aus dieser Wohnung Mieterträge beziehen hätte können, auf die er gegebenenfalls anzuspannen wäre.

8. Auf die im Zulassungsausspruch des Rekursgerichts als maßgeblich erachtete Frage, ob dem Antragsgegner auch die Heranziehung der Substanz seines beträchtlichen Vermögens zuzumuten wäre, um den Antragstellern Unterhalt in Höhe des Regelbedarfs leisten zu können, ist derzeit mangels ausreichender Sachverhaltsgrundlage nicht einzugehen. Sie wäre auch nur nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls zu entscheiden (RIS-Justiz RS0047414 [T1]).

Der Ansicht des Rekursgerichts, dass es für die Entscheidung über die Unterhaltsperioden ab 1. 1. 2011 noch weiterer Erhebungen und Feststellungen bedarf, kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, nicht entgegenreten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Kosten wurden nicht verzeichnet.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 28. April 2014  
Dr. S p e n l i n g  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung:



**European Case Law Identifier**

ECLI:AT:OGH0002:2014:0080OB00106.13S.0428.000

**Redaktioneller Hinweis:** Im obigen Text wurden jene Passagen **färbig** hervorgehoben, die für den Autor von [www.alimente.wien](http://www.alimente.wien) wesentlich erscheinen. Zusätzlich wurden die Entscheidungen und Paragraphen intern verlinkt um Ihnen das Studium zu erleichtern. Bitte beachten Sie die [Nutzungsbedingungen](#) und den [Haftungsausschluss](#) von [www.alimente.wien](http://www.alimente.wien).