

OGH 2019/11/27, 6 Ob 181/19i

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Schramm als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Gitschthaler, Univ. Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny und die Hofrätin Dr. Faber als weitere Richter in der Familienrechtssache des Antragstellers Ing. J*****, vertreten durch Dr. Hans Kaska, Rechtsanwalt in St. Pölten, gegen die Antragsgegnerin T*****, vertreten durch Dr. Peter Vögel, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterhalts, über den Revisionsrekurs des Antragstellers gegen den Beschluss des Landesgerichts St. Pölten als Rekursgericht vom 17. Juli 2019, GZ 23 R 267/19s 10, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Tulln vom 5. Juni 2019, GZ 1 FAM 40/19f 4, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Der Antragsteller ist schuldig, der Antragsgegnerin binnen 14 Tagen die mit 860,58 EUR (darin 143,43 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens zu ersetzen.

Begründung:

Mit Antrag vom 29. 5. 2019 begehrte der Antragsteller

1. festzustellen, dass durch die von ihm im Zeitraum Dezember 2017 bis einschließlich April 2019 geleisteten Zahlungen an Unterhalt für die Antragsgegnerin eine Überzahlung des Unterhalts im Umfang von 2.340 EUR gegenüber der Unterhaltsverpflichtung für die Zeiträume Jänner 2018 bis einschließlich Mai 2019 erfolgt ist und diese Überzahlung für Juni bis August 2019 anzurechnen sei, sowie
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, Auskunft über ihre Einkünfte ab einschließlich Juli 2016 bis laufend zu erteilen; weiters Auskunft über

Tätigkeiten oder Umstände, die sie an der Erzielung von Einkünften hindern, zu erteilen, insbesondere über einen allfälligen Schul- und Studienverlauf unter Angabe der besuchten Schulen und Universitäten, und die Bestätigungen über den Besuch der Schule, die Schulzeugnisse, Inskriptionsbestätigungen und Prüfungszeugnisse sowie Bestätigungen über die jeweils erreichten ECTS-Punkte vorzulegen.

Dazu brachte der Antragsteller zusammengefasst vor, es sei infolge für ihn nicht vorhersehbarer Widmungen seiner Unterhaltszahlungen zu mehreren Unterhaltsexekutionen gekommen. Als Angestellter einer Bank übe er eine Vertrauensstellung aus und müsse eine neuerliche Exekution vermeiden.

Nach seinen Berechnungen habe er bei beiden Töchtern Unterhaltsguthaben. Der Rechtsvertreter der Töchter habe erklärt, im Falle einer Aufrechnungserklärung statt einer Unterhaltszahlung Exekutionsverfahren einzuleiten. Er habe daher ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung.

Zu Punkt 2. brachte der Antragsteller vor, er habe keinen Kontakt zu seinen Töchtern. Er habe diese daher aufgefordert, Nachweise über das Ausbildungsverhältnis bzw Studium vorzulegen sowie auch darüber, ob sie dieses ernsthaft und zielstrebig betreiben. Dies sei jedoch vom Rechtsvertreter der Töchter abgelehnt worden. Im Unterhaltsverfahren würden Mitwirkungspflichten des Unterhaltsberechtigten bestehen. Erst nach dieser Auskunftserteilung sei er in der Lage, seinen Antrag gegebenenfalls in Richtung des Erlöschens der Unterhaltspflicht, deren Einschränkung für die Zukunft bzw Feststellung des Nichtbestehens der Unterhaltspflicht für vergangene Zeiten oder Rückforderung geltend zu machen. Es sei nicht zumutbar, „ins Blaue hinein“ Anträge mit eventuellen Kostenfolgen zu stellen.

Das Erstgericht wies den ersten Antrag ab und den zweiten zurück.

Das Rekursgericht gab dem dagegen vom Antragsteller erhobenen Rekurs nicht Folge und bestätigte den erstinstanzlichen Beschluss mit der Maßgabe, dass in Punkt 1. der darin angeführte Antrag zurückgewiesen wurde.

Zuviel bezahlte Unterhaltsbeiträge könnten nicht gegen laufenden Unterhalt aufgerechnet werden. Zudem sei im Außerstreitverfahren die einredeweise Geltendmachung von (nicht in diesem Verfahren zu entscheidenden) Gegenforderungen unzulässig, eine solche Aufrechnungseinrede sei mit Beschluss zurückzuweisen.

Die Bestätigung der Zurückweisung des 2. Antrags wurde damit begründet, dass der Unterhaltsverpflichtete ausschließlich einen Beweisantrag, jedoch ohne Sachantrag stelle. Ein solches Vorgehen sei nur in Ausnahmen, wie etwa Art XLII EGZPO zulässig. Diese Bestimmung setze jedoch eine im materiellen Recht begründete Rechnungslegungspflicht voraus. Im konkreten Fall behaupte der Rekurswerber jedoch gar nicht, dass die Unterhaltsberechtigte über ein Eigeneinkommen verfüge, sondern wolle lediglich Nachweise haben. Dafür bestehe keine gesetzliche Grundlage. Zum mit einem Unterhaltsenthebungsantrag verbundenen Kostenrisiko verwies das Rekursgericht auf die Abmilderung des Erfolgsprinzips in § 78 Abs 2 zweiter Satz AußStrG aus Gründen der Billigkeit.

Das Rekursgericht ließ den ordentlichen Revisionsrekurs nachträglich mit der Begründung zu, ob einer Antragstellung auf Feststellung im Unterhaltsverfahren die unzulässige Aufrechenbarkeit gegen laufenden Unterhalt entgegensteht, sei nicht ausreichend geklärt. Außerdem komme der Frage erhebliche Bedeutung zu, ob dem Unterhaltspflichtigen zur Vermeidung des mit einem Enthebungsantrag verbundenen Kostenrisikos ein Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch zuzubilligen sei.

Hierzu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom Rekursgericht angeführten Grund zulässig; er ist aber nicht berechtigt.

1.1. Ein Begehren auf Rückzahlung zuviel gezahlter Unterhaltsbeiträge ist nicht im Außerstreitverfahren, sondern im streitigen Verfahren geltend zu machen (RS0114452). Unterhaltsbeträge, die vom Unterhaltspflichtigen irrtümlicherweise zuviel bezahlt und vom Berechtigten redlich verbraucht wurden, können nicht zurückgefordert und daher auch nicht gegen weitere Unterhaltsforderungen aufgerechnet werden (RS0047200). Auch eine Aufrechnung im Falle einer rückwirkenden Unterhaltsherabsetzung mit laufendem Unterhalt ist mangels rechtlichem Zusammenhang unzulässig (RS0003952 [T4] = 8 Ob 32/06y; vgl 1 Ob 262/70). Die Entscheidung 8 Ob 32/06y betrifft die hier nicht vorliegende Sonderkonstellation, dass nach Ende der Unterhaltspflicht noch Unterhalt rechtswidrig im Exekutionsweg hereingebracht wurde. Lediglich für diesen Fall wurde die Aufrechnung gegen rückwirkend erhöhten Unterhalt für zulässig erachtet.

1.2. Der Revisionsrekurswerber bringt vor, es gehe nicht um die Frage der Aufrechnung, sondern um die Feststellung, dass Unterhaltsbeträge für mehr Monate geleistet, als bereits geschuldet worden seien, und um die Anrechenbarkeit dieser Zahlung auf einen künftig fälligen Unterhalt im Unterhaltsverfahren nach Widmung durch den Unterhaltspflichtigen. Es sei die Aufrechnung mit einem bereits fälligen Unterhaltsanspruch anders zu betrachten als die Widmung einer Überzahlung für künftigen Unterhalt. Dabei verkennt der Revisionsrekurs jedoch, dass es sich bei der begehrten „Widmung“ um nichts anderes als um eine Aufrechnung handelt. Die „Widmung“ erfolgte selbst nach dem Vorbringen des Antragstellers nicht zum Zeitpunkt der Zahlung. Somit versucht er lediglich, die nicht zulässige Aufrechnung dadurch „herbeizuführen“, indem er die Aufrechnung seines allfälligen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs gegen die laufende Unterhaltsverpflichtung als Widmung und nicht als Aufrechnung bezeichnet.

1.3. Zudem fehlt dem Antragsteller das rechtliche Interesse an der begehrten Feststellung. Vor Einleitung der Exekution kann die Feststellung begehrt werden, dass die rechtskräftig festgestellte Forderung wegen eines der in § 35 EO genannten Gründe erloschen sei (vgl. RS0001931). Außerdem besteht die Möglichkeit, die behauptete Überzahlung im streitigen Verfahren geltend zu machen. Die Möglichkeit dieser Leistungsklage verdrängt bei gleichem Rechtsschutzeffekt die Feststellungsklage (RS0038849; RS0039021; RS0038817).

2.1. Während nach älterer Rechtsprechung die Unterhaltsleistungsverpflichtung keine Rechnungslegungspflicht oder Eidespflicht begründete (RS0035020), wird von der jüngeren Judikatur eine solche zur Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen im streitigen Verfahren als zulässig erachtet (RS0035020 [T1]; RS0119467).

2.2. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass im streitigen Unterhaltsverfahren keine Verpflichtung des Unterhaltspflichtigen besteht, aktiv an der Feststellung seiner Einkommensverhältnisse mitzuwirken, während es im außerstreitigen Unterhaltsfestsetzungsverfahren der ständigen Rechtsprechung entspricht, dass der Unterhaltspflichtige bei der Feststellung seiner Einkommensverhältnisse mitzuwirken hat, widrigens sein Einkommen nach freier Würdigung geschätzt werden kann (2 Ob 217/04g; 7 Ob 123/13g). Gemäß § 16 Abs 2 AußStrG ist die Partei eines Unterhaltsverfahrens verpflichtet, dem Gericht vollständig und wahrheitsgemäß alle ihr bekannten, für die Entscheidung des Gerichts maßgebenden Tatsachen und Beweise vorzubringen und anzubieten und alle darauf gerichteten Fragen des Gerichts zu beantworten. Gemäß § 102 Abs 1 AußStrG haben Personen, deren Einkommen oder Vermögen für die Entscheidung über den gesetzlichen Unterhalt zwischen in gerader Linie verwandten Personen von Belang ist, dem Gericht hierüber Auskunft zu geben und die Überprüfung von deren Richtigkeit zu ermöglichen.

2.3. In Hinblick darauf wurde zunächst im Fall von Unterhaltsansprüchen volljähriger Kinder (über welchen zu diesem Zeitpunkt im streitigen Verfahren zu entscheiden war) entschieden, dass es einen

Wertungswiderspruch darstellen würde, wenn nur bei minderjährigen Kindern eine Mitwirkungspflicht des Unterhaltspflichtigen an der Feststellung seiner Einkommensverhältnisse bestünde, nicht aber bei volljährigen. Dieser könne nur dadurch beseitigt werden, dass man den volljährigen Kindern die Möglichkeit einräumt, eine Stufenklage nach Art XLII Abs 1 erster Fall EGZPO einzubringen (2 Ob 217/04g). In weiterer Folge wurde die Stufenklage auch im Bereich des Ehegattenunterhalts bejaht (10 Ob 47/07w; 7 Ob 123/13h; vgl zu materiell rechtlichen Auskunftspflichten auch Rassi, Umgang mit Beweisschwierigkeiten im Unterhaltsverfahren [Teil II] – Aufklärungspflicht und materielle Auskunftspflichten, EF Z 2011, 14).

2.4. Da in streitigen Unterhaltsverfahren keine Verpflichtung des Beklagten besteht, aktiv an der Feststellung seiner Einkommensverhältnisse mitzuwirken, anerkennt die Rechtsprechung unter diesem Gesichtspunkt auch zwischen geschiedenen Ehegatten einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung betreffend die für die Unterhaltsbemessung maßgebenden Umstände (RS0122058). Der Rechnungslegungsanspruch nach Art XLII EGZPO setzt neben dem Nachweis, dass der Klageanspruch auf Unterhalt dem Grunde nach zu Recht besteht, weiters voraus, dass der nach materiellem Recht aufgrund einer Sonderbeziehung Auskunftsberechtigte gegen den Auskunftsverpflichteten ein bestimmtes Klagebegehren auf Leistung nur mit erheblichen Schwierigkeiten, die durch eine solche Abrechnung vermieden werden können, zu erheben vermag, und dass die Auskunftserteilung dem Verpflichteten zumutbar ist. Es muss also die Interessenabwägung zugunsten des Klägers ausfallen. Existiert bereits ein Unterhaltstitel, ist der Unterhaltsberechtigte im Allgemeinen dazu verpflichtet, dem Unterhaltspflichtigen wesentliche Änderungen, die den Unterhaltsanspruch dem Grunde oder der Höhe nach betreffen, aus Eigenem mitzuteilen (RS0122058 [T3]).

2.5. Da es sich im gegenständlichen Fall um eine Unterhaltsleistungsverpflichtung handelt, welche im Außerstreitverfahren

geltend zu machen ist, besteht somit keine Möglichkeit eine Stufenklage nach Art XLII EGZPO einzubringen; dafür besteht nach dem Gesagten auch kein Bedarf.

3.1. Dem vom Rekursgericht in seinem Zulassungsausspruch betonten Kostenrisiko, mit dem ein ohne entsprechende Informationen gestellter Enthebungsantrag verbunden sei, ist entgegenzuhalten, dass § 78 Abs 2 AußStrG aus Gründen der Billigkeit ein Abweichen vom Erfolgsprinzip rechtfertigt.

3.2. Nach dem zu EFSlg 133.139 veröffentlichten Leitsatz können tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten ein Abweichen vom Erfolgsprinzip erfordern (so auch EFSlg 137.174). Dort wird auf 1 Ob 117/11d verwiesen, wo jedoch lediglich allgemein ausgeführt wurde, dass im konkreten Fall besondere rechtliche Schwierigkeiten bei Beurteilung der Rechtsfrage, die ein Abweichen vom Erfolgsprinzip im Sinn einer Billigkeitsentscheidung nach § 78 Abs 2 Satz 2 AußStrG rechtfertigen würden, nicht vorliegen.

3.3. Nach den Entscheidungen des Landesgerichts Salzburg und des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien EFSlg 133.140 kann die Aussage von EFSlg 133.139 etwa dann gelten, wenn der Antragsteller von Tatsachen ausgegangen ist, die letztlich nicht zutreffen, aber von denen er mangels Aufklärung durch die Gegenseite ausgehen durfte (so auch EFSlg 125.795 und EFSlg 137.175).

3.4. Nach der Entscheidung des Landesgerichts Wels EFSlg 137.176 wird ein Anwendungsfall der „tatsächlichen Schwierigkeiten“ zudem regelmäßig auch dann gegeben sein, wenn diese sich außerhalb der Sphäre beider Parteien abspielen, wenn der Antragsteller also etwa von Tatsachen ausgegangen ist, die letztlich nicht zutrafen, deren Unrichtigkeit er allerdings auch aufgrund zumutbarer Nachforschungen nicht feststellen konnte.

3.5. Eine nahezu idente Konstellation wie im vorliegenden Fall lag einer Entscheidung des Landesgerichts Linz (15 R 55/14k) zugrunde: Dort hatte der Antragsteller die Antragsgegnerin zweimal außergerichtlich (erfolglos)

zur Vorlage einer Bestätigung über den erfolgreichen Abschluss eines Schuljahres aufgefordert. Der Antrag auf Unterhaltsbefreiung wurde in der Folge (offenbar nach Vorlage der Unterlagen im Gerichtsverfahren) zurückgezogen. Nach Auffassung des Landesgerichts Linz ist das Legen der Kostennote unmittelbar nach Antragszurückziehung nur als Einschränkung auf Kosten zu werten. Ein Abweichen vom Erfolgsprinzip sei gerechtfertigt, sofern eine Partei alleine einen ihr zuzurechnenden Verfahrensaufwand verursacht hat. Voraussetzung sei, dass ein wenngleich nicht verbotenes, der Risikosphäre einer bestimmten Partei eindeutig zurechenbares Verhalten zu Störungen oder Verzögerungen bzw Handlungen führt, die beim Gegner (Mehr)Kosten verursachen (EFSlg 144.387).

3.6. Demgegenüber vertrat das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (45 R 428/14w; EFSlg 148.039) die Auffassung, das Kostenseparationssystem in § 78 Abs 2 Satz 2 AußStrG sei für das Verhalten einer Partei im Prozess und einem dadurch dem Gegner allenfalls verursachten Mehrkostenaufwand, nicht jedoch für das Verhalten außerhalb eines Gerichtsverfahrens konzipiert. Zur Kostenseparation habe seit jeher das Nichtbefolgen derjenigen Obliegenheiten zu führen, die eine Partei im ordentlichen Gang des Verfahrens wider die andere erfüllen muss, damit das Gericht die kontradiktorische Grundlage für den Prozessstoff gewinnen kann; der Mehraufwand, der durch schikanöse, grundlose oder auch nur überflüssige Prozesshandlungen dem Gegner erwächst, sei unabhängig vom Erfolg stets aus Gründen der Billigkeit zu ersetzen.

3.7. Nach Obermaier (in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 78 Rz 86) ist der Billigkeitsgrund der tatsächlichen Schwierigkeiten nur dann ein Grund, vom Erfolgsprinzip abzuweichen, wenn er zumindest deutlich überwiegend nur auf eine Seite zutrifft. Verschleierte oder verheimlichte zB ein Unterhaltspflichtiger seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse, so würden die tatsächlichen Schwierigkeiten nur auf Seite des

Unterhaltsberechtigten vorliegen, sodass gegen seine kostenmäßige Begünstigung keine Bedenken bestehen (Obermaier aaO Rz 193).

3.8. Auch nach Gitschthaler ist im Sinne der Billigkeitskausel des § 78 Abs 2 AußStrG etwa zu berücksichtigen, dass der Antragsteller von Tatsachen ausgegangen ist, die letztlich nicht zutrafen, aber von denen er mangels Aufklärung durch die Gegenseite ausgehen durfte (Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, Ehe und Partnerschaft, § 78 AußStrG, Rz 20; ebenso Klicka in Rechberger, Außerstreitgesetz2 § 78 Rz 2; Fucik/Kloiber, Außerstreitgesetz, § 78 Rz 29).

3.9. Zusammenfassend vertreten somit die veröffentlichten zweitinstanzlichen Entscheidungen ganz überwiegend die Ansicht, dass in einem Fall wie dem gegenständlichen das Billigkeitsprinzip des § 78 Abs 2 AußStrG aufgrund der tatsächlichen Schwierigkeiten anzuwenden ist. Dies entspricht auch der Ansicht in der Literatur. Damit ist das vermeintliche mit einem Enthebungsantrag verbundene Kostenrisiko kein Grund, von den unter 2. dargelegten Grundsätzen abzuweichen.

4. Damit erweist sich die Entscheidung des Rekursgerichts als frei von Rechtsirrtum, sodass dem unbegründeten Revisionsrekurs ein Erfolg zu versagen war.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:OGH0002:2019:0060OB00181.19I.1127.000