

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

15.11.2012

**Geschäftszahl**

1Ob143/12d

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Grohmann, Mag. Wurzer und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Pflegschaftssache der mj H\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\*, geboren am 2. August 2000, wegen Unterhalt, über die Revisionsrekurse der Minderjährigen, vertreten durch die Mutter Mag. I\*\*\*\*\* Ch\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\*, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Amhof & Dr. Damian GmbH in Wien, und des Vaters A\*\*\*\*\* D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Eva-Maria Bachmann-Lang und Dr. Christian Bachmann, Rechtsanwälte in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 15. Mai 2012, GZ 44 R 211/12y-108, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Floridsdorf vom 8. März 2012, GZ 1 P 152/06i-101, abgeändert wurde, den

**Beschluss**

gefasst:

**Spruch**

- I. Der Revisionsrekurs des Vaters wird zurückgewiesen.
- II. Dem Revisionsrekurs der Mutter wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden hinsichtlich des im Leistungsbefehl (Punkt 2 des erstinstanzlichen Beschlusses) enthaltenen Ausspruchs über die vom Vater in der Zeit vom 1. 8. 2007 bis 28. 2. 2012 geleisteten Unterhaltszahlungen aufgehoben und die Rechtssache insoweit an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

**Text**

**Begründung:**

Die Ehe der Eltern wurde mit Urteil des Erstgerichts vom 23. 4. 2007 aus dem Alleinverschulden der Mutter geschieden. Im Juli 2007 zog der Vater aus der gemeinsamen Ehwohnung aus, in der nunmehr die Minderjährige gemeinsam mit ihrer Mutter lebt. An dieser Wohnung ist Wohnungseigentum begründet. Der Mindestanteil steht je zur Hälfte im Eigentum der Eltern. Zur Anschaffung dieser Wohnung wurde ein Kredit aufgenommen, den der Vater alleine bedient. Die monatlichen Rückzahlungsraten betragen im Jahr 2007 645,66 EUR, im Jahr 2008 666,37 EUR, im Jahr 2009 629,15 EUR, im Jahr 2010 635,25 EUR und im Jahr 2011 695,85 EUR.

In einem Verfahren nach [§ 382 Z 8 lit a EO](#) verpflichtete sich der Vater mit Vergleich vom 12. 10. 2006 der Mutter ab Oktober 2006 die Hälfte des (damals aktuellen) Schulgeldes für die Minderjährige von 330 EUR, sohin 165 EUR monatlich, zu bezahlen. Das durchschnittliche Nettoeinkommen des Vaters betrug in den Jahren 2007 bis 2010 monatlich 3.988 EUR, 3.972 EUR, 4.001 EUR und 4.321 EUR. Im Jahr 2011 lag sein monatliches Nettoeinkommen bei durchschnittlich 4.232 EUR.

Über Antrag der Mutter vom 25. 7. 2006 verpflichtete das Erstgericht den Vater im zweiten Rechtsgang zur Unterhaltszahlung an die Minderjährige ab 1. 8. 2007 von monatlich 560 EUR, ab 1. 7. 2008 monatlich 580 EUR, ab 1. 7. 2009 von monatlich 582 EUR, für Juli 2010 von monatlich 592 EUR, ab August 2010 von 721 EUR und ab Jänner 2011 von 706 EUR monatlich. Einen Unterhaltsfestsetzungsantrag für davor liegende Zeiträume und ein Unterhaltsmehrbegehren ab August 2007 wies es ab. Mit dem zugleich erlassenen Leistungsbefehl verpflichtete das Erstgericht den Vater zur Zahlung der bis zur Rechtskraft des Beschlusses fälligen Beträge binnen 14 Tagen und sprach aus, dass die vom Vater in der Zeit vom 1. 8. 2007 bis 28. 2. 2012 geleisteten Zahlungen von 19.302 EUR darauf anzurechnen seien. Darüber hinaus verpflichtete das Erstgericht

den Vater zusätzlich zu der von ihm mit Vergleich vom 12. 10. 2006 übernommenen Hälfte des Schulgeldes von 165 EUR zur Zahlung eines weiteren monatlichen Schulgeldes für die Schuljahre 2007/2008 bis 2011/2012. Dazu führte das Erstgericht aus, der Vater habe sich mit dem Besuch einer Privatschule durch die Minderjährige einverstanden erklärt und den Aufnahmevertrag mitunterfertigt, weswegen er entsprechend der von ihm übernommenen Verpflichtung zur Zahlung auch der Hälfte der seit dem Vergleichsabschluss erfolgten Erhöhung der Schulkosten verpflichtet sei. Die vom Vater auch nach seinem Auszug alleine getragenen Kreditrückzahlungen für die ehemalige Ehemwohnung seien im Umfang von einem Viertel als Naturalunterhalt anzurechnen. Unter Berücksichtigung der weiteren, vom Vater in der Zeit ab August 2007 tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeträge sei daher im Leistungsbefehl insgesamt ein Betrag von 19.497 EUR anzurechnen.

Das Rekursgericht änderte diese Entscheidung über Rekurs des Vaters dahin ab, dass es die von diesem nach seinem Auszug allein getragenen Kreditrückzahlungsraten im Umfang von einem Drittel als Naturalunterhaltsleistung anrechnete und dessen im Leistungsbefehl des Erstgerichts anrechenbaren Geldleistungen für die Zeit vom 1. 8. 2007 bis 29. 2. 2012 auf insgesamt 22.506 EUR erhöhte. Insoweit erachtete sich das Rekursgericht an seine im ersten Rechtsgang geäußerte Rechtsansicht gebunden, wonach entsprechend der (damaligen) überwiegenden Judikaturlinie die Rückzahlungsraten und nicht der fiktive Mietwert der Wohnung als Naturalunterhalt anzusetzen seien. Ausgehend von einer Kopfquote sei diese mit einem Drittel als Naturalunterhalt für das minderjährige Kind anzurechnen.

Der Vater habe mit Vergleich vom 12. 10. 2006 die Verpflichtung zur Zahlung der Hälfte des Schulgeldes übernommen, sodass die mit dieser Widmung erfolgten Zahlungen nicht zur Deckung der anderen Unterhaltsbedürfnisse des Kindes zur Verfügung gestanden seien. Insoweit sei daher von der Anerkennung eines entsprechenden Sonderbedarfs auch für die Zeit nach der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft auszugehen, selbst wenn nach den von der Judikatur entwickelten Kriterien kein Sonderbedarf vorläge. Zutreffend habe das Erstgericht daher die vom Vater unter diesem Titel geleisteten Zahlungen nicht als anrechenbare Geldleistungen in den Leistungsbefehl aufgenommen und dessen Zahlungsverpflichtung auf den jeweils aktuellen Schulgeldbetrag erhöht.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Revisionsrekurs zulässig sei, weil es - ausgehend von der Bindung an seine Rechtsansicht im Aufhebungsbeschluss vom 17. 8. 2010 (ON 64) - zur Frage, ob hinsichtlich der Anrechnung als Naturalunterhaltsleistung auf die Kreditraten oder den fiktiven Mietwert abzustellen sei, von der überwiegenden, jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abgewichen sei, bzw existiere insoweit eine divergierende höchstgerichtliche Rechtsprechung.

Dagegen richten sich die Revisionsrekurse beider Elternteile, die in ihren Revisionsrekursbeantwortungen beantragen, dem Rechtsmittel des jeweils anderen keine Folge zu geben.

## Rechtliche Beurteilung

### I. Zum Revisionsrekurs des Vaters:

1. Der Vater spricht in seinem Rechtsmittel die vom Rekursgericht als erheblich erachtete Rechtsfrage nicht an, sondern wendet sich ausschließlich gegen die Ansicht der Vorinstanzen, wonach die von ihm mit Vergleich vom 12. 10. 2006 zur Hälfte übernommenen Privatschulkosten wie ein Sonderbedarf zu werten und nicht auf den laufenden Unterhalt anzurechnen seien. Bei richtiger Beurteilung liege eine Überzahlung seinerseits vor. Jedenfalls seien die von ihm aus diesem Titel bezahlten Beträge als Unterhaltsleistungen auf den Leistungsbefehl im Beschluss des Erstgerichts anzurechnen. Damit spricht der Vater aber keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des [§ 62 Abs 1 AußStrG](#) an.

2. Grundsätzlich zutreffend, aber ohne Bezug auf die konkreten Feststellungen der Vorinstanzen, gibt der Vater in seinem Rechtsmittel die Grundsätze wieder, wann Kosten im Allgemeinen und jene für den Besuch einer Privatschule im Besonderen einen vom unterhaltspflichtigen Elternteil zu deckenden Sonderbedarf darstellen. Die Vorinstanzen haben aber die Verpflichtung des Vaters zur Tragung des halben Schulgeldes ohne Anrechnung auf den laufenden Unterhalt nicht mit besonderen, in der Person der Minderjährigen gelegenen Umständen (vgl dazu etwa *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>6</sup>, 103 mwN; weitere Nachweise bei *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> [2008] Rz 279), sondern mit der zwischen ihm und der Mutter abgeschlossenen Vereinbarung begründet und gehen damit von einer Anerkennung der damit zusammenhängenden Kosten aus (vgl dazu *Gitschthaler* aaO Rz 279/6). Ob eine solche Vereinbarung richtig ausgelegt wurde, ist aber regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage ([5 Ob 57/05a](#)). Der Vater hat sich nicht nur bereit erklärt, das halbe Schulgeld zu übernehmen, sondern auch den Schulaufnahmevertrag selbst mitunterfertigt, sodass der Besuch einer Privatschule durch die Minderjährige unter seiner finanziellen Beteiligung seinem Willen entspricht. Darauf, ob eine öffentliche und damit regelmäßig unentgeltliche Schulausbildung der Person der Minderjährigen ebenso gerecht würde wie der Besuch einer Privatschule, kommt es damit nicht mehr an. Die Auffassung der Vorinstanzen, die darauf gewidmeten Zahlungen des Vaters seien auch ohne Vorliegen der (sonst erforderlichen) Voraussetzungen für einen Sonderbedarf nicht auf den laufenden Unterhaltsbedarf der Minderjährigen anzurechnen, ist unter diesen Umständen vertretbar und bedarf damit keiner Korrektur durch den Obersten Gerichtshof. Mit seinem Revisionsrekursantrag wendet sich der Vater zwar auch gegen die aus der jährlichen

Anhebung des Schulgeldes resultierende Verpflichtung zur Zahlung von 50 % des Erhöhungsbetrags (Punkt 4 des erstinstanzlichen Beschlusses), führt aber dazu nichts aus.

Da damit die Voraussetzungen des [§ 62 Abs 1 AußStrG](#) nicht vorliegen, ist der Revisionsrekurs des Vaters zurückzuweisen (RIS-Justiz RS0102059 [T1]).

## II. Zum Revisionsrekurs der Mutter:

Der Revisionsrekurs der Mutter, der sich ausschließlich gegen die Anrechnung einer Naturalunterhaltsleistung wendet, ist aus den vom Rekursgericht angeführten Gründen zulässig; er ist im Sinn des darin enthaltenen Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1. Die Mutter macht zusammengefasst geltend, sie habe als Hälfteigentümerin, und weil das Aufteilungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei, im Sinne des [§ 97 ABGB](#) auch hinsichtlich der dem Vater gehörenden Hälfte des Miteigentumsanteils ein Verfügungsrecht an der Wohnung, weswegen sie alleine für die Wohnmöglichkeit der Minderjährigen Sorge trage. Auch trage sie die Wohnungsbenützungskosten zur Gänze, sodass aus dem Titel der Wohnversorgung kein Naturalunterhalt zu Gunsten des Vaters anzurechnen sei. Jedenfalls aber sei der fiktive Mietwert heranzuziehen, wobei bei Ermittlung der Quote zu berücksichtigen sei, dass der Vater die Ehwohnung verlassen habe.

2. Zutreffend hat bereits das Rekursgericht darauf hingewiesen, dass nach der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der fiktive Mietwert einer dem Unterhaltsberechtigten vom Unterhaltspflichtigen überlassenen Eigentumswohnung wegen der damit verbundenen Verminderung des Unterhaltsbedarfs ganz oder teilweise als Naturalunterhalt anzurechnen ist. Dieser Grundsatz gilt nicht nur im Ehegatten-, sondern auch im Kindesunterhaltsrecht (für viele [6 Ob 5/08s](#) SZ 2008/35 EF-Z 2008/83, 140 [*Deixner-Hübner*]; [2 Ob 39/08m](#); [2 Ob 224/08t](#) EF-Z 2009/141, 220 [*Gitschthaler*]; [6 Ob 90/11w](#); [6 Ob 43/12k](#) EvBI 2012/131). Das Abstellen auf den fiktiven Mietwert verhindert Ungleichbehandlungen, weil es von Zufällen abhängt, ob eine Wohnung ausbezahlt oder noch kreditfinanziert ist, und es bei Relevanz der Höhe der Kreditrückzahlung der Unterhaltspflichtige in der Hand hätte, durch Erhöhung der Rückzahlungsvereinbarung seine Unterhaltspflicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten zu verringern ([2 Ob 246/09d](#) EF-Z 2011/42, 69 [*Gitschthaler*]). Auch wird dadurch ein Gleichklang zwischen dem Kindes- und dem Ehegattenunterhalt hergestellt (vgl [5 Ob 50/12g](#)). Dieser Ansicht hat sich auch der erkennende Senat angeschlossen ([1 Ob 212/10y](#) iFamZ 2011/70, 110: Ehegattenunterhalt).

3. Entscheidend ist daher, ob die Wohnversorgung des Unterhaltsberechtigten dem Unterhaltspflichtigen zurechenbar ist. Dabei ist nicht maßgebend, ob das Kind in einer Mietwohnung, in einer ausbezahlten Eigentumswohnung oder in einer Wohnung lebt, für die noch Kreditrückzahlungen zu leisten sind (RIS-Justiz RS0123485). Eine fiktive Mietersparnis ist auch dann als Naturalunterhalt anzurechnen, wenn der Unterhaltsschuldner nur Miteigentümer der dem Unterhaltsberechtigten zur Verfügung stehenden Wohnung ist (RIS-Justiz RS0121283). Eine Anrechnung auf die Leistungen des Unterhaltspflichtigen, der über die Wohnung Verfügungsberechtigt ist, als Naturalunterhalt hat nur dann nicht zu erfolgen, wenn die Bedarfsdeckung ausnahmsweise wirtschaftlich zur Gänze dem betreuenden Elternteil zuzurechnen ist, etwa weil dieser sämtliche Kreditraten trägt oder bei der nahehelichen Vermögensaufteilung eine Gegenleistung für die Überlassung der Wohnungsnutzung erbracht hat (*Schwimm/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>6</sup>, 157; *Kolmasch*, Wohnversorgung als Naturalunterhalt, Zak 2008/598, 346 [347]; in diesem Sinn auch [1 Ob 201/11g](#)).

4. Da der Vater die Rückzahlung des zur Anschaffung der vormaligen Ehwohnung aufgenommenen Kredits alleine trägt und auch das zwischen den Eltern der Minderjährigen eingeleitete Aufteilungsverfahren noch anhängig ist, kann entgegen der Auffassung der Mutter keine Rede davon sein, dass ihr als betreuendem Elternteil die Bedarfsdeckung wirtschaftlich ausschließlich zuzurechnen wäre. Soweit sie unter Verweis auf [§ 97 ABGB](#) dennoch in Abrede stellt, dass der Vater überhaupt Naturalunterhalt leistet, trifft es zwar zu, dass der Oberste Gerichtshof in einigen Entscheidungen (siehe etwa die Nachweise bei *Deixler-Hübner*, Zur Anrechnung von Geld- und Naturalunterhalt, *ecolex* 2001, 110 FN 11) ausgesprochen hatte, dass im Rahmen der Kindesunterhaltsbemessung nach [§ 140 ABGB](#) nur Betriebskosten abzugsfähig seien, während Mietzinszahlungen das familienrechtliche Verhältnis der Elternteile nach [§ 97 ABGB](#) betreffen würden. Diese auf der Unterscheidung zwischen Wohnungsbenützung- und Wohnungsanschaffungskosten basierende Rechtsprechung ist aber als überholt anzusehen. Zur Vermeidung einer Doppelalimentierung sind „alle Wohnungskosten“ zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0123485; [10 Ob 75/06m](#)).

5. Die auch dem geldunterhaltspflichtigen Vater zurechenbare Wohnversorgung ist daher als Naturalunterhaltsleistung zur teilweisen Deckung des allgemeinen Unterhaltsbedarfs anzurechnen, weil es sonst zu einer Doppelversorgung der Minderjährigen käme. Bei der Anrechnung des fiktiven Mietwerts muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Wohnung der Minderjährigen nicht nur vom Vater, sondern auch von der Mutter als dem betreuenden Elternteil zur Verfügung gestellt wird. Da die Minderjährige darüber hinaus die Wohnung nicht allein, sondern mit ihrer Mutter bewohnt, vermindert sich die dem Vater zurechenbare Hälfte des fiktiven Mietwerts nochmals um 50 %, da - wirtschaftlich gesehen - die Eltern der Minderjährigen gemeinsam lediglich die halbe Wohnung zur Verfügung stellen ([6 Ob 5/08s](#) mwN). Der von der Mutter thematisierte Umstand, dass der Vater aus der ehemaligen Ehwohnung ausgezogen ist, ist bei der Aufteilung des fiktiven Mietwerts schon deshalb nicht zu berücksichtigen, weil dessen Auszug erst nach der Scheidung erfolgte. Für eine Berücksichtigung seines „Kopfes“ bei der Ermittlung des ihm als Naturalunterhaltsleistung zurechenbaren

Anteils am fiktiven Mietwert nach den Grundsätzen der Anspannungstheorie (vgl. [6 Ob 5/08s](#)) fehlt es damit schon an der Voraussetzung eines dem Vater als geldunterhaltspflichtigen Elternteil anzulastenden Verschuldens.

6. Zusammengefasst ergibt sich damit, dass dem Vater die Wohnversorgung der Minderjährigen im Ausmaß von einem Viertel als Naturalunterhaltsleistung anzurechnen ist. Nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung ist bei Ermittlung des anrechenbaren Betrags der fiktive Mietwert zugrunde zulegen. Indem das Rekursgericht, das sich insoweit an seine im Aufhebungsbeschluss geäußerte Rechtsansicht gebunden erachtete, die vom Vater monatlich geleisteten Kreditraten (anteilig) in Anschlag brachte, ist es von dieser Rechtsprechung abgewichen. Da bisher Feststellungen fehlen, die eine Beurteilung des fiktiven Mietwerts der hier verfahrensgegenständlichen Wohnung erlauben würden, erweist sich die Ergänzung der Tatsachengrundlagen durch das Erstgericht als erforderlich. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind daher im Umfang des Ausspruchs über die anrechenbaren Unterhaltsleistungen des Vaters aufzuheben und die Rechtssache insoweit an das Erstgericht zurückzuverweisen.

**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).