

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

22.05.2014

Geschäftszahl

1Ob24/14g

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 Pflugschaftssache der Minderjährigen 1. S***** K*****, geboren am ***** 2002, und 2. C***** K*****, geboren am ***** 2004, beide ***** , beide vertreten durch die Kollisionskuratorin Dr. Michaela Jahn, Rechtsanwältin in Gänserndorf, wegen Unterhalts, über den Revisionsrekurs der beiden Kinder gegen den Beschluss des Landesgerichts Korneuburg als Rekursgericht vom 26. September 2013, GZ 20 R 90/13w-65, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Gänserndorf vom 3. Juni 2013, GZ 6 Pu 134/13b-51, teils aufgehoben und teils der Unterhaltsantrag der Kinder zurückgewiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen, die hinsichtlich der Punkte 1. und 2.a im Beschluss des Rekursgerichts unberührt bleiben, werden im Umfang der Entscheidung über die Unterhaltsbegehren der Kinder ab dem 19. 2. 2013 aufgehoben. Die Rechtsache wird insoweit zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Text**Begründung:**

Die beiden Kinder befanden sich nach Scheidung der Ehe in gemeinsamer Obsorge der Eltern. Der Vater verließ am 7. 1. 2012 den gemeinsamen Haushalt. Die Kinder lebten zunächst bei der Mutter und sind seit 19. 2. 2013 in einem Krisenzentrum untergebracht.

Das Erstgericht entzog am 29. 8. 2013 der Mutter die Obsorge über die beiden Kinder, übertrug sie zur Gänze auf den Vater und sprach aus, dass diesem Beschluss gemäß [§ 44 \(Abs 1\) AußStrG](#) vorläufige Verbindlichkeit zukommt. Dem dagegen von der Mutter erhobenen Rekurs wurde nicht Folge gegeben.

Ihren außerordentlichen Revisionsrekurs wies der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 27. 2. 2014 zurück (1 Ob 16/14f).

Nachdem der Vater zunächst selbst einen „Antrag auf Unterhaltsfestsetzung“ gegenüber den beiden Kindern eingebracht hatte, den er primär darauf stützt, dass er durch die Zurverfügungstellung des Wohnhauses ausreichend Naturalunterhalt erbringe, begeherten die Kinder, vertreten durch ihre Mutter, zuletzt vom Vater Unterhalt, und zwar für S***** den in der Zeit vom 7. 1. 2012 bis 28. 2. 2013 entstandenen Unterhaltsrückstand von 8.404 EUR samt 4% „gestaffelter Verzugszinsen“, den in diesem Zeitraum entstandenen Unterhaltsrückstand für C***** von 8.216 EUR und beginnend mit 1. 3. 2013 einen monatlichen Unterhalt für S***** von 596 EUR und für C***** von 502 EUR.

Der Vater bestritt insbesondere wegen des von ihm geleisteten Naturalunterhalts und im Hinblick auf das anhängige Obsorgeverfahren, in dem ihm sehr wahrscheinlich die Obsorge der beiden Kinder übertragen werde, seine Zahlungsverpflichtung.

Das Erstgericht verpflichtete den Vater ab 1. 3. 2013 zu einem monatlichen Unterhalt für S***** von 596 EUR und für C***** von 502 EUR und sprach weiters aus, dass der Vater schuldig sei, den in der Zeit vom 7. 1. 2012 bis 28. 2. 2013 entstandenen Rückstand für S***** von 8.404 EUR samt 4 % „gestaffelter Verzugszinsen“ sowie für C***** von 8.141 EUR samt 4 % „gestaffelter Verzugszinsen“ zu bezahlen. Das Mehrbegehren C*****s wies es ab. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass diese Beträge der Leistungsfähigkeit des Vaters entsprächen.

Das Rekursgericht wies den Rekurs der beiden Kinder zurück (Punkt 1.) und gab dem Rekurs des Vaters Folge, hob den erstgerichtlichen Beschluss hinsichtlich des Unterhaltszuspruchs für den Zeitraum 7. 1. 2012 bis 18. 2. 2013 zur Verfahrensergänzung durch das Erstgericht auf (Punkt 2.a) und wies den Unterhaltsantrag der Kinder, den Vater ab 19. 2. 2013 zu einer Unterhaltsleistung zu verpflichten, zurück (Punkt 2.b). Es sprach zunächst aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs gegen die Punkte 1. und 2.b nicht zulässig sei. Zwar sei die Vertretungsbefugnis der Mutter für den Zeitraum 7. 1. 2012 bis 18. 2. 2013 ebenso wie ein Unterhaltsanspruch der beiden Kinder gegen den Vater dem Grunde nach zu bejahen. Anders verhalte es sich allerdings ab dem Zeitpunkt 19. 2. 2013, ab dem sich die Kinder in Drittpflege befänden. Ab diesem Zeitpunkt seien beide Elternteile nach Maßgabe ihrer Lebensverhältnisse zur Zahlung einer Geldrente verpflichtet und ab diesem Zeitpunkt sei die Mutter daher „naturgemäß nicht mehr in Unterhaltsfragen für die Kinder vertretungsbefugt.“ Der Unterhaltsantrag der Kinder, vertreten durch die Mutter, sei daher ab 19. 2. 2013 als unzulässig zurückzuweisen.

Aufgrund einer Zulassungsvorstellung der beiden Kinder, vertreten durch die Mutter, die sich nur gegen die Zurückweisung ihrer Unterhaltsanträge ab 19. 2. 2013 richtet (Punkt 2.b der Rekursentscheidung) ließ das Rekursgericht den ordentlichen Revisionsrekurs nachträglich zu. Als Begründung verwies es auf [§ 169 \(Abs 1\) ABGB](#) und die „Wahrung der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit“.

Im Revisionsrekurs begehren die Kinder die Abänderung des zweitinstanzlichen Beschlusses dahin, dass der Vater verpflichtet werde, ab 19. 2. 2013 für S***** monatlich 596 EUR an Unterhalt und für C*****

monatlich 502 EUR bis auf weiteres zu Händen des jeweiligen Vertreters in Unterhaltssachen zu bezahlen.

Der Vater begehrt in der Revisionsrekursbeantwortung die Zurückweisung des Rechtsmittels der Kinder, hilfsweise dessen Abweisung.

Mit Beschluss vom 27. 2. 2014, [1 Ob 24/14g](#), stellte der Oberste Gerichtshof die Akten an das Erstgericht zurück. Wegen des Interessenwiderstreits zwischen dem allein obsorgeberechtigten Vater und den Kindern sei ein Kollisionskurator zu bestellen. Dieser sei zu befragen, ob er die Verfahrensführung durch die Mutter genehmige.

Das Erstgericht bestellte daraufhin eine Kollisionskuratorin, die die Führung des Verfahrens durch die Mutter genehmigte.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs der Kinder ist zulässig und im Sinn des ebenfalls gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

1. Die Kollisionskuratorin hat die Führung des Verfahrens durch die Mutter genehmigt. Der Mangel der gehörigen Vertretung ([§ 58 Abs 1 Z 2 AußStrG](#)), der in dritter Instanz gemäß [§ 55 Abs 3](#) iVm [§ 71 Abs 4 AußStrG](#) von Amts wegen aufzugreifen ist ([2 Ob 174/08i](#) = SZ 2008/159 = iFamZ 2009/65, 89 [Fucik]), ist damit saniert. Schon das Rekursgericht hätte den Mangel der gesetzlichen Vertretung von Amts wegen wahrnehmen und gemäß [§ 5 Abs 2 Z 1 lit a AußStrG](#) vor der Zurückweisung der Unterhaltsanträge der Kinder für den Zeitraum ab 19. 2. 2013 einen Kollisionskurator bestellen und diesem die Möglichkeit der Genehmigung dieser Anträge eröffnen müssen.

2. Wie bereits im Beschluss vom 27. 2. 2014 klargestellt wurde, ist der im Revisionsrekurs der Kindern und vom Rekursgericht in der nachträglichen Zulassung angesprochene [§ 169 ABGB](#) idF KindNamRÄG 2013 ([§ 154a ABGB](#) aF) im konkreten Zusammenhang nicht anwendbar. [§ 169 ABGB](#) regelt nämlich nur das Recht zur Vertretung der Kinder durch ihre Eltern nach außen, also Behörden und dritten Personen gegenüber, nicht aber im Innenverhältnis zwischen den Eltern (RIS-Justiz RS0048120 [zu [§§ 154, 154a ABGB](#) aF]). Ein Elternteil kann daher die Vertretung der Kinder in Unterhaltsbelangen gegenüber dem anderen Elternteil nur aufgrund des [§ 169 Abs 1 ABGB](#) durch Setzung der ersten Verfahrenshandlung nicht in Anspruch nehmen ([5 Ob 122/09s](#); *Weitzenböck in Schwimann*, abgb-takom^{2.01} § 169 Rz 2; vgl RIS-Justiz RS0047422 [T2]).

3. Die Ansicht des Rekursgerichts, dass die Mutter ab dem Zeitpunkt, ab dem sich die Kinder in Drittpflege befinden, „naturgemäß nicht mehr in Unterhaltsfragen für die Kinder vertretungsbefugt“ sei, kann sich auf keine rechtliche Grundlage stützen. Die von ihm zitierte Literaturstelle behandelt Entscheidungen, nach denen bei Drittpflege beide Elternteile nach Maßgabe ihrer Lebensverhältnisse zur Zahlung einer Geldrente verpflichtet sind, enthält aber keine Aussage zur Vertretungsbefugnis. Der Jugendwohlfahrtsträger nahm anlässlich der Unterbringung der Kinder im Krisenzentrum die Interimskompetenz des [§ 211 Abs 1 Satz 2 ABGB](#) idF KindNamRÄG 2013, BGBl I 2013/15, nicht in Anspruch und entzog den Eltern nicht als vorläufige Maßnahme die Pflege und Erziehung. Die Zurückweisung der Unterhaltsanträge

der Kinder gegenüber dem Vater für den Zeitraum ab 19. 2. 2013 ist daher verfehlt.

4. Gegenstand des Revisionsrekursverfahrens ist nur die Entscheidung über die Unterhaltsanträge der Kinder gegenüber dem Vater für den Zeitraum ab 19. 2. 2013. **Nach den erstgerichtlichen Feststellungen befinden sich die Kinder seit diesem Zeitpunkt in einem Krisenzentrum.** (Aus dem Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf vom 1. 4. 2014 an das Erstgericht geht hervor, dass die Kinder nach wie vor „fremduntergebracht“ sind und die „Entlassung“ zum Vater erst bevorsteht.)

4.1. **Lebt das Kind nicht im Haushalt der Eltern, weil es sich zur Gänze in Drittpflege befindet, sind nach der Grundregel des - gemäß § 1503 Abs 1 Z 1 ABGB mit 1. 2. 2013 in Kraft getretenen, inhaltlich mit dem früheren § 140 Abs 1 ABGB identischen - § 231 Abs 1 ABGB beide Elternteile nach ihrer Leistungsfähigkeit geldunterhaltspflichtig** (RIS-Justiz RS0047403 [T8]). Die Unterhaltsbemessung ist gemäß **§ 231 Abs 1 ABGB** anteilig vorzunehmen. „Anteilig“ bedeutet, dass jeder Elternteil unter Berücksichtigung seiner eigenen Leistungsfähigkeit zum Unterhalt des Kindes beizutragen hat (RIS-Justiz RS0047415). Dabei kann die Unterhaltsbemessung nicht isoliert für einen Elternteil erfolgen. Es sind das Einkommen und die Leistungsfähigkeit beider Elternteile zu überprüfen. Die Methode, den Unterhalt nach Prozentsätzen zu bestimmen, die angemessen wäre, wenn der andere Elternteil seinen Beitrag durch die Betreuung des Kindes leistet, würde dem Grundsatz der anteiligen Tragung des Unterhalts nicht gerecht. **Die Gesamtbeurteilung muss vielmehr so erfolgen, dass die Eltern in etwa in gleichem Maß in die Lage versetzt werden, die Bedürfnisse der Kinder zu befriedigen. Bei unterschiedlicher Leistungsfähigkeit ist von den Unterhaltsbemessungsgrundlagen jeweils der Betrag abzuziehen, der für den eigenen Unterhalt der Eltern erforderlich ist. Sodann sind die für den Unterhalt des Kindes erforderlichen Beträge im Verhältnis der Restsummen aufzuteilen** (**5 Ob 106/10i** mwN; RIS-Justiz RS0047403).

Im Hinblick darauf, dass für die Mutter mit Beschluss des Erstgerichts vom 7. 3. 2014 eine Sachwalterin bestellt wurde, die gemäß **§ 268 Abs 3 Z 2 ABGB** bestimmte Angelegenheiten zu besorgen hat und ihre allenfalls eingeschränkte Leistungsfähigkeit ist auch Folgendes zu beachten: Ist ein Elternteil nicht leistungsfähig, so steht dem Kind nur gegenüber dem anderen Elternteil ein Geldunterhaltsanspruch zu. Dessen Höhe entspricht dem Gesamtunterhaltsbedarf des Kindes, soweit dadurch die mit der Prozentmethode ermittelte Grenze der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nicht überschritten wird (**2 Ob 67/09f** mwN).

4.2. **Maßgeblich für die Ermittlung des Unterhaltsanspruchs bei Drittpflege ist ua der Gesamtunterhaltsbedarf des Kindes, der sich nach der Rechtsprechung aus den Drittpflegekosten und einem Zuschlag für zusätzliche Kindesbedürfnisse, wie Kleidung, kulturelle und sportliche Bedürfnisse, Ferienkosten, Taschengeld etc ergibt** (RIS-Justiz RS0047403 [T3]; **2 Ob 67/09f**; **2 Ob 211/11k**, jeweils mwN). Wie der Oberste Gerichtshof schon mehrfach betonte, reicht bei Drittpflege der Regelbedarf (auch Durchschnittsbedarf) als Orientierungshilfe zur Ermittlung des Unterhaltsbedarfs des Kindes regelmäßig nicht aus, weil er nur eine Messgröße dafür abgibt, welcher Geldunterhalt zusätzlich zur Betreuung eines Kindes

erforderlich ist ([5 Ob 106/10i](#); [2 Ob 67/09f](#); [2 Ob 211/11k](#), jeweils mwN; RIS-Justiz RS0125632).

5. Abgesehen von den nach Ansicht des Rekursgerichts fehlenden Feststellungen des Erstgerichts zum Einkommen des Vaters, weil das Erstgericht dessen begründete Einwände gegen das eingeholte Sachverständigengutachten nicht beachtete und die Vorlage von zwei vom Sachverständigen gewünschten Urkunden übergang, fehlen demnach auch noch Feststellungen zum Ausmaß der Drittpflege (vgl. [2 Ob 211/11k](#)), zum Gesamtunterhaltsbedarf der Kinder, die seit 19. 2. 2013 in einem Krisenzentrum untergebracht sind, und zur Leistungsfähigkeit sowie dem (allenfalls erzielbaren) Einkommen der Mutter ab diesem Zeitraum.

Infolge dieser Feststellungsmängel sind die Entscheidungen der Vorinstanzen im angefochtenen Umfang aufzuheben. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht die fehlenden Feststellungen nachzuholen haben, wobei der Gesamtunterhaltsbedarf der Kinder allenfalls unter Anwendung des [§ 34 AußStrG](#) (vgl. [10 Ob 72/09z](#); [2 Ob 211/11k](#)) zu bestimmen sein wird. Erst auf der Grundlage dieser Feststellungen kann inhaltlich über die Unterhaltsanträge der Kinder ab dem 19. 2. 2013 abgesprochen werden.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:OGH0002:2014:0010OB00024.14G.0522.000

Redaktioneller Hinweis: Im obigen Text wurden jene Passagen **färbig** hervorgehoben, die für den Autor von 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.