

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

19.03.2013

**Geschäftszahl**

4Ob16/13a

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Pflegschaftssache der Minderjährigen S\*\*\*\* E\*\*\*\*, und P\*\*\*\* E\*\*\*\*, vertreten durch das Amt für Jugend und Familie - Rechtsvertretung Bezirke 3, 11, Wien 3, Karl-Borromäus-Platz 3, wegen Unterhalt, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses des Vaters Dr. T\*\*\*\* E\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Katharina Langer, Rechtsanwältin in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 22. Oktober 2012, GZ 45 R 225/12i-62, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 23. Februar 2012, GZ 3 PU 267/09k-50, bestätigt wurde, folgenden

**Beschluss**

gefasst:

**Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

**Text**

**Begründung:**

Die beiden Minderjährigen, geboren am \*\*\*\* und am \*\*\*\*, befinden sich in Pflege und Erziehung bei ihrer Mutter; sie sind einkommens- und vermögenslos. Ihre Eltern haben derzeit noch die gemeinsame Obsorge. Aufgrund der Besuchsrechtsregelung der Eltern hat der Vater zu beiden Kindern ein überdurchschnittliches Besuchsrecht; **aufgerechnet auf ein Jahr betreut sie der Vater 158 Tage.**

Der Vater war zuletzt mit Beschluss vom 8. 2. 2010 zu einem monatlichen Unterhaltsbetrag von 582 EUR für den Sohn und von 452 EUR für die Tochter verpflichtet. Er ist Angestellter beim U\*\*\*\*, geringfügig

Angestellter bei der Universität Wien und selbständig. Er erzielt ein für den Unterhalt anrechenbares monatliches Durchschnittsnettoeinkommen von 2.851,23 EUR samt anteiliger Sonderzahlungen; die Steuerkennzahl beträgt 36.838,58 EUR. Weitere Sorgepflichten bestehen gegenüber einer weiteren mj Tochter, geboren am \*\*\*\*\*, und seiner Ehegattin, die seit 1. 6. 2011 nur mehr Kinderbetreuungsgeld bezieht und zuvor Notstandshilfe erhielt.

Am 11. 10. 2010 (ON 19), modifiziert mit Protokoll vom 22. 3. 2011 (ON 34), stellte der Vater den Antrag, ihn ab 1. 3. 2010 von seiner Unterhaltsverpflichtung für die beiden Minderjährigen zu entheben. Er verfüge über ein monatliches Durchschnittsnettoeinkommen von 2.900 EUR und betreue beide Kinder zur Hälfte. Da die Mutter über ein etwa gleich hohes Einkommen verfüge, bestehe keine Geldunterhaltspflicht. Er sei seit 2. 10. 2010 verheiratet, seine Gattin verfüge nur über ein geringfügiges Einkommen und erwarte ein gemeinsames Kind. Er habe für beide Kinder für Bekleidung, Spielmaterial, Sport, Gesundheit, Verkehr, Feste, Wohnausstattung, Sonstiges und Wohnung 2010 insgesamt 3.734,42 EUR, bis Mai 2011 1.388,36 EUR aufgewendet, welche Beträge - falls es zu keiner gänzlichen Enthebung komme - als Naturalunterhaltsleistungen anzurechnen seien. Anzurechnen sei auch die von der Mutter bezogene Familienbeihilfe. Seine Fixkosten betrügen monatlich 2.680 EUR.

Die Mutter beantragte die Abweisung des Enthebungsantrags. Zwar befänden sich die Kinder an 158 Tagen im Jahr beim Vater, doch trage sie sämtliche Kosten für Schule, Kindergarten und Hort (monatlich 222,42 EUR für den Sohn und 44,78 EUR für die Tochter), weshalb die Zeit, in welcher die Kinder nicht beim Vater seien, auch nicht als seine Betreuungsleistung zu rechnen sei. Es seien daher nur 158 Tage bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen, und der Unterhalt sei um 15,8 % zu kürzen. Der überwiegende Aufenthalt der Kinder sei bei der Mutter, die auch die Familienbeihilfe beziehe.

Das Jugendamt sprach sich namens der Kinder ebenfalls gegen eine Enthebung des Vaters von seiner Unterhaltsverpflichtung aus. Die Aufwendungen des Vaters für Feste, Wohnausstattung, Sonstiges und Wohnung seien keine Naturalunterhaltsleistungen; die Fixkosten des Vaters seien Kosten des täglichen Lebens und ebenfalls nicht zu berücksichtigen.

Das Erstgericht setzte die monatliche Unterhaltspflicht des Vaters für den Sohn (zuletzt 582 EUR) und für die Tochter (zuletzt 452 EUR) wie folgt herab: vom 1. 3. bis 31. 10. 2010 auf 370 EUR für den Sohn und auf 326 EUR für die Tochter, vom 1. 11. 2010 bis 30. 4. 2011 auf 330 EUR für den Sohn und auf 283 EUR für die Tochter, vom 1. 5. bis 31. 5. 2011 auf 319 EUR für den Sohn und auf 273 EUR für die Tochter, vom 1. 6. bis 30. 9. 2011 auf 299 EUR für den Sohn und auf 253 EUR für die Tochter, und ab 1. 10. 2011 bis auf weiteres, längstens jedoch bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit, auf 297 EUR je Kind; das auf eine gänzliche Enthebung von der Unterhaltspflicht ab 1. 3. 2010 gerichtete Mehrbegehren wies es ab.

In rechtlicher Hinsicht bemaß das Erstgericht die Höhe der monatlichen Alimentationspflicht anhand der Prozentwertkomponente unter

Berücksichtigung konkurrierender Sorgepflichten sowie der steuerlichen Entlastung auch des Unterhaltsschuldners durch den Bezug von Familienbeihilfe. Die sich daraus ergebenden monatlichen Unterhaltsbeträge kürzte das Erstgericht angesichts des über das übliche Ausmaß hinausgehende Besuchsrecht des Unterhaltsschuldners um rund 16 %, da das Besuchsrecht des Vaters im Ausmaß von 158 Tagen pro Jahr ein übliches Besuchsrechtsausmaß um 82 Tage pro Jahr überschreite. Jeder über das übliche Besuchsrecht hinausgehende Besuchsrechtstag sei mit 10 % unterhaltsmindernd zu berücksichtigen. Den Kürzungsfaktor ermittelte das Erstgericht, indem es die das übliche Besuchsrecht überschreitenden Besuchsrechtstage durch die Jahreswochenzahl dividierte.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Berücksichtigung überdurchschnittlicher Besuchsrechtsausübung durch den Unterhaltsschuldner und der Anrechnung von Naturalunterhaltsleistungen im rückwirkenden Herabsetzungsverfahren fehle. Es entspreche der Rechtsprechung, eine überdurchschnittliche Betreuungsleistung durch den Unterhaltsschuldner bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen; eine Reduktion des Unterhaltsanspruchs um 10 % pro wöchentlichem Betreuungstag, der über das übliche Ausmaß hinausgehe, sei nicht zu beanstanden. Angesichts der etwa eineinhalb Tage pro Woche über das übliche Besuchsrecht hinausgehenden Betreuungsleistung durch den Vater sei eine Reduktion der sich nach der Prozentwertmethode ergebenden Unterhaltsbeträge um 16 % vertretbar. Das Erstgericht habe auch berücksichtigt, dass die Mutter Familienbeihilfe beziehe, habe es doch - ausgehend von der festgestellten Bemessungsgrundlage 2.851,23 EUR - die nach dem Prozentsatz ermittelten Beträge um einen Faktor von rund fünf bis zehn Prozent gekürzt. Unterhalt sei global zu bemessen und nicht mathematisch zu berechnen, weshalb dieser Kürzungsfaktor nicht zu beanstanden sei. Vor der gerichtlichen Unterhaltsfestsetzung für die Vergangenheit seien bereits erbrachte Natural- und Geldunterhaltsleistungen auch ohne Zustimmung des anderen Elternteils anzurechnen. Bei der Bemessung künftigen Unterhalts hingegen seien regelmäßige Naturalleistungen mit Unterhaltscharakter als Teilunterhalt den Geldunterhalt mindernd nur mit Zustimmung des obsorgeberechtigten - für Naturalversorgung primär verantwortlichen - Elternteils anrechenbar. Gleiches gelte auch für den hier vorliegenden Fall einer rückwirkenden Unterhaltsherabsetzung. Leistungen des Unterhaltsschuldners für Medikamente und Bekleidung hätten sohin einer entsprechenden Vereinbarung der Eltern bedurft. Im Ergebnis zutreffend habe das Erstgericht daher diese vom Unterhaltsschuldner als unterhaltsmindernd geltend gemachten Leistungen unberücksichtigt gelassen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs des Vaters ist zulässig und im Sinne seines Aufhebungsantrags berechtigt.

Der Vater beantragt, den angefochtenen Beschluss dahingehend abzuändern, dass seine monatliche Unterhaltspflicht für die Zeit vom 1. 3. 2010 bis 31. 10. 2010 auf 251 EUR für den Sohn und auf 221 EUR für die Tochter, für die Zeit vom 1. 11. 2010 bis 30. 4. 2011 auf 224 EUR für den Sohn und auf 94 EUR für die Tochter, für die Zeit vom 1. 5. 2011 bis 31. 5. 2011 auf 205 EUR für den Sohn und auf 173 EUR für die Tochter, für die Zeit vom 1. 6. 2011 bis 30. 9. 2011 auf 191 EUR für den Sohn und auf 160 EUR für die Tochter und für die Zeit ab 1. 10. 2011 auf 189 EUR je Kind herabgesetzt und darüber hinaus die im Zeitraum bis Ende Mai 2011 geleisteten Naturalleistungen von 1.183,87 EUR abgezogen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Kürzung der Unterhaltsleistung von 10 % pro zusätzlichem Betreuungstag berücksichtige die tatsächlichen Mehraufwendungen eines überdurchschnittlichen Besuchsrechts nicht ausreichend; Naturalleistungen seien auch ohne Zustimmung des Obsorgeberechtigten anzurechnen; der Mehrkindzuschlag sei unterhaltsmindernd in Anschlag zu bringen.

1.1. Der Oberste Gerichtshof hat bereits wiederholt zu den unterhaltsrechtlichen Folgen einer überdurchschnittlichen Besuchsrechtsausübung Stellung genommen und ausgesprochen, dass der zu leistende Geldunterhalt dann zu reduzieren ist, wenn der Unterhaltspflichtige auch - über ein übliches Besuchsrecht hinaus - Naturalunterhalt leistet (vgl. RIS-Justiz RS0047452 [T6]).

1.2. Zwar kann der Oberste Gerichtshof nicht allgemein verbindliche - gleichsam rechenformelmäßige - Prozentsätze für die Unterhaltsbemessung bzw. Abschläge für übermäßige Betreuungsleistungen festlegen ([8 Ob 62/04g](#); [5 Ob 2/12y](#)); Prozentsätze haben nur den Charakter einer Orientierungshilfe (RIS-Justiz RS0047419). Er hat aber wiederholt eine Reduktion des Unterhaltsanspruchs durch Gerichte zweiter Instanz um 10 % pro wöchentlichem Besuchstag, an dem sich das Kind über das übliche Besuchsrechtsausmaß hinaus beim geldunterhaltspflichtigen Elternteil befindet, gebilligt ([7 Ob 277/03s](#); [8 Ob 62/04g](#); [10 Ob 11/04x](#)).

1.3. Bei diesem rechnerischen Ansatz handelt es sich jedoch nur um eine generalisierende Betrachtungsweise, die tendenziell eher die Untergrenze signalisiert. Je mehr sich die Situation einer gemeinsamen gleichwertigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern annähert, umso weniger wird ein 10 %-Abzug pro Tag den wechselseitigen Leistungen entsprechen ([5 Ob 2/12y](#) = RIS-Justiz RS0128043). Bei gleichwertigen Betreuungs- und Naturalunterhaltsleistungen besteht kein Geldunterhaltsanspruch, wenn das Einkommen der Eltern etwa gleich hoch ist ([7 Ob 145/04f](#); [4 Ob 74/10a](#) = RIS-Justiz RS0047452 [T13]).

1.4. Ebenso wurde ausgesprochen, dass kein Geldunterhaltsanspruch bei einer völlig gleichteiligen Aufteilung der Betreuungszeiten ohne Vereinbarung eines hauptsächlichen Aufenthalts des Minderjährigen zusteht, sofern beiden Elternteilen ein annähernd gleich hohes bzw. ein solches Einkommen (wenn auch in unterschiedlicher Höhe) zur Verfügung steht, das jeweils zu über der Luxusgrenze liegenden Unterhaltsansprüchen der Kinder führt. Andernfalls bleibt der besser verdienende Elternteil geldunterhaltspflichtig ([7 Ob 145/04f](#)).

1.5. Eine etwa gleichteilige Betreuung liegt dann vor, wenn kein Elternteil mindestens zwei Drittel der Betreuung durchführt. Ein gleich hohes Einkommen ist dann gegeben, wenn das Einkommen eines Elternteils das des anderen nicht beträchtlich übersteigt, wobei Unterschiede bis zu einem Drittel hinzunehmen sind (*Gitschthaler*, Der gesetzliche Unterhaltsanspruch von Kindern gegen ihre Eltern, ÖRPfl 2012, H2, 14 [21]; vgl [5 Ob 2/12y](#)). Durch das KindNamRÄG 2013 ist in dieser Rechtslage keine Änderung eingetreten (*Gitschthaler* in *Gitschthaler*, KindRÄG 2013, 282).

1.6. Zusammenfassend gilt demnach, dass keinen Elternteil eine Geldunterhaltungspflicht trifft, wenn beide gleich viel verdienen und das Kind im Durchschnitt von beiden im gleichen Ausmaß Betreuung und bedarfsdeckende Naturalunterhaltsleistungen erhält. Ansonsten steht dem Kind weiterhin ein Restgeldunterhaltsanspruch gegen den leistungsfähigeren und/oder weniger betreuenden Elternteil zu, der das unterschiedliche Betreuungsverhältnis bzw den geringeren Lebensstandard, an dem das Kind beim anderen Elternteil partizipieren kann, ausgleicht (*Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>6</sup> 95 f).

2.1. Im Anlassfall liegt eine annähernd gleichteilige Betreuungssituation der Eltern vor (158 zu 207 Betreuungstage entspricht dem Verhältnis 43 zu 57).

2.2. Mangels Feststellungen zum Einkommen der Mutter kann aber noch nicht abschließend geklärt werden, ob den Kindern ein Restgeldunterhaltsanspruch gegen den Vater zusteht. Dieser Feststellungsmangel führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Das Erstgericht wird nach Verbreiterung der Feststellungen im aufgezeigten Sinn eine neuerliche Entscheidung nach den zuvor dargestellten Grundsätzen zu treffen haben.

2.3. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren ergeben, dass beide Elternteile ab 1. 3. 2010 gleich viel verdienen und die Kinder im Durchschnitt von beiden im gleichen Ausmaß Betreuung und bedarfsdeckende Naturalunterhaltsleistungen erhalten, wäre die Rechtssache spruchreif im Sinne einer Stattgebung des Antrags des Vaters auf Unterhaltsenthebung.

Liegt hingegen die Leistungsfähigkeit der Mutter unter jener des Vaters und kommt es deshalb zu keiner vollständigen Unterhaltsenthebung, stünde den Kindern ein Restgeldunterhaltsanspruch zu, der nach den aufgezeigten Grundsätzen zu bemessen wäre. Für diesen Fall ist die vom Vater aufgeworfene Frage einer Anrechnung von Naturalleistungen von Bedeutung.

3.1. Liegt - wie hier - ein überdurchschnittlicher Besuchskontakt des geldunterhaltungspflichtigen Elternteils vor, und hält sich ein Kind deshalb tagsüber ständig in seinem Haushalt auf, wird der andere Elternteil nur einen Teil jener Aufwendungen haben, die der Geldunterhalt abgelten soll. In einem solchen Fall ist gemischter Unterhalt, bestehend aus Naturalleistung und Geldunterhalt, zulässig (vgl RIS-Justiz RS0047460).

3.2. *Gitschthaler* (ÖRPfl 2012 H 2, 22, 27) vertritt unter Hinweis auf die Entscheidung [6 Ob 182/02m](#) die Auffassung, dass im Fall der gleichteiligen Betreuung beide Eltern nicht nur die mit der Betreuung

zusammenhängenden alltäglichen Kosten, sondern auch die zusätzlich notwendigen Aufwendungen (Schuhe, Kleidung, Sportsachen, Schulkosten etc) zu gleichen Teilen zu tragen haben; andernfalls entstehe ein Ausgleichsanspruch gegen den minderleistenden Elternteil.

3.3. Der Senat hält diesen Ansatz für zutreffend. Bestreiten nämlich beide Elternteile während des Aufenthalts des Kindes in ihrem Haushalt nur die mit der Betreuung zusammenhängenden alltäglichen Kosten (inklusive der Reichtung eines Taschengelds), während ein Elternteil allein zusätzlich sämtliche Aufwendungen für Bekleidung, Schuhwerk und alle größeren, längerlebigen Anschaffungen trägt, führt dies zu einer offensichtlichen Ungleichbelastung der Eltern.

3.4. Zu berücksichtigen sind allerdings nur Naturalleistungen mit Unterhaltscharakter; das sind solche, die angemessene Kindesbedürfnisse regelmäßig oder für längere Dauer befriedigen. Dies trifft zB auf die Wohnversorgung des Kindes und die Übernahme von Wohnungsbenutzungskosten, Arzt- und Medikamentenkosten, Behandlungskostenbeiträge, Schulgeld und Internatskosten sowie ein dem Kindesalter und den elterlichen Lebensverhältnissen angemessenes Taschengeld zu. Grundsätzlich keinen Unterhaltscharakter haben hingegen vereinzelt Naturalleistungen wie gelegentliche Zuwendungen von Kleidung, Sportausrüstung, Spielzeug, Lebensmittel sowie unregelmäßige oder geringe Taschengeldzuwendungen, die mangels ausdrücklicher gegenteiliger Vereinbarung als Schenkungen zu werten sind (*Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>6</sup> 155 f mN).

3.5. Bei etwa gleichzeitiger zeitlicher Betreuung sind daher von einem Elternteil erbrachte Naturalleistungen insofern auf einen Geldunterhaltsanspruch anzurechnen, als die Aufwendungen des einen Elternteils jene des anderen Elternteils im Verhältnis zur Betreuungssituation übersteigen (hier: 43:57). Ob und allenfalls in welchem Ausmaß nach diesen Grundsätzen eine Anrechnung der vom Vater geltend gemachten Naturalleistungen zu erfolgen hat, kann nach den bisher getroffenen Feststellungen noch nicht abschließend beurteilt werden; auch insoweit bedarf es einer Verfahrensergänzung.

4. Der Mehrkindzuschlag ist ein Bestandteil der Familienbeihilfe und teilt deshalb deren rechtliches Schicksal (RIS-Justiz RS0119333). Die Familienbeihilfe wird auf Einrede bei der Berechnung des Kindesunterhalts berücksichtigt. Da der Mehrkindzuschlag dem Schicksal der Familienbeihilfe folgt, ist dieser somit ebenso wie die Familienbeihilfe zu berücksichtigen. Ein weiterer Ausgleich hat - entgegen den Ausführungen im Rechtsmittel - nicht zu erfolgen.

#### European Case Law Identifier

ECLI:AT:OGH0002:2013:00400B00016.13A.0319.000

**Redaktioneller Hinweis:** Im obigen Text wurden jene Passagen **farbig** 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).