

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

23.02.2016

Geschäftszahl

4Ob206/15w

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Musger, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Rassi als weitere Richter in der Pflugschaftssache der minderjährigen L**** H****, geboren am **** 2001, und E**** H****, geboren am **** 2002, beide vertreten durch die Mutter B**** H****, vertreten durch Dr. Selale Hale Kacar, Rechtsanwältin in Salzburg, wegen Unterhalt, über den Revisionsrekurs des Vaters G**** H****, vertreten durch Dr. Bernd Illichmann und andere Rechtsanwälte in Salzburg, gegen den Beschluss des Landesgerichts Salzburg als Rekursgericht vom 10. September 2015, GZ 21 R 155/15p-35, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Hallein vom 3. April 2015, GZ 30 Pu 374/09v-29, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

1. Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen, soweit er sich gegen die Zuerkennung eines monatlichen Unterhalts für L**** von 1. 9. 2014 bis 30. 11. 2014 in Höhe von 340 EUR und ab 1. 12. 2014 in Höhe von 150 EUR und für E**** ab 1. 12. 2014 in Höhe von 150 EUR richtet.

2. Im Übrigen wird dem Revisionsrekurs Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass der Antrag der Minderjährigen auf Unterhaltserhöhung abgewiesen wird und die vom Vater zu leistenden Unterhaltszahlungen auf die unter 1. genannten Beträge beschränkt werden.

Text

Begründung:

Die Eltern haben mit Scheidungsvergleich aus 2009 die gemeinsame Obsorge betreffend ihre beiden Kinder mit hauptsächlichem Aufenthaltsort bei der Mutter vereinbart und das Besuchsrecht außergerichtlich geregelt. Der Vater verpflichtete sich, ab 1. 9. 2009 monatlich 322 EUR je Kind an Unterhalt zu leisten. Mit Beschluss vom 25. 5. 2011 wurden die Unterhaltsbeiträge auf monatlich 309 EUR (E*****) bzw 367 EUR (L*****) abgeändert.

Die Kinder haben ihren Lebensmittelpunkt bei der Mutter. Sie betreut die Kinder an 209 Tagen im Jahr (also zu rund 57 %), organisiert ihre schulischen und persönlichen Belange und koordiniert ihr tägliches Leben. Ihr durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen beträgt rund 2.700 EUR; sie bezieht die Familienbeihilfe für die Kinder und bestreitet Naturalleistungen mit Unterhaltscharakter. Überdies trägt sie die Kosten für Musikunterricht inklusive Reparaturen des Saxophons sowie jene für Pfadfinderlager und Ausrüstung, für Mitgliedsbeitrag und Ausflüge mit den Pfadfindern.

Der Vater arbeitet in Teilzeit mit 28,5 Wochenstunden und verdient monatlich durchschnittlich 1.936 EUR. In Vollzeit würde er 2.419 EUR verdienen. Er tätigt außertourlich Ausgaben für Musikinstrumente und Freizeitaktivitäten der Kinder.

Die durch die Mutter vertretenen Kinder beantragten am 26. 8. 2014 die Neuberechnung des Unterhalts (L*****) bzw Erhöhung auf monatlich 354 EUR (E*****) ab 1. 9. 2014. Seit dem Jahr 2011 habe sich nichts an der Betreuungssituation geändert, die Kinder seien jedoch über 10 Jahre alt geworden.

Der Vater sprach sich gegen diesen Antrag aus und beantragte seinerseits, ihn von seiner Geldunterhaltsverpflichtung hinsichtlich der beiden Kinder ab 1. 12. 2014 zu entheben. Jeder Elternteil möge in natura Unterhalt leisten.

Das Erstgericht setzte den monatlichen Unterhalt für L***** von 1. 9. 2014 bis 30. 11. 2014 auf 340 EUR und ab 1. 12. 2014 auf 150 EUR herab, für E***** ab 1. 12. 2014 ebenfalls auf 150 EUR. Die Einkommen der Eltern seien annähernd gleich. Die Reduzierung der Arbeitsstunden sei vom Vater so gewünscht und nicht zwingend und wirke sich daher nicht aus, da er Vollzeit arbeiten könne. Auch wenn die Betreuungstage des Vaters fast gleich denen der Mutter seien, hätten die Kinder ihren Lebensmittelpunkt bei der Mutter, die die Koordination ihres täglichen Lebens übernehme und auch die zusätzlichen notwendigen Aufwendungen leiste. Eine Unterhaltsenthebung des Vaters sei daher nicht gerechtfertigt. Gerechtfertigt sei aber eine Unterhaltsherabsetzung aufgrund der Umstände auf je 150 EUR ab 1. 12. 2014; dabei sei auch die von der Mutter bezogene Familienbeihilfe berücksichtigt.

Das (nur) von den Kindern angerufene Rekursgericht änderte die Entscheidung in ihrem nicht rechtskräftigen Teil dahin ab, dass der Vater verpflichtet wurde, für beide Kinder ab 1. 12. 2014 monatlich je 295 EUR zu zahlen. Der Vater erbringe zwar erhöhte Betreuungsleistungen, abgesehen von gelegentlichen Aufwendungen trage aber die Mutter die Naturalleistungen mit Unterhaltscharakter. Von den tatsächlichen jährlichen Betreuungstagen des Vaters seien die unterhaltsneutralen Kontakttage von 80 Tagen abzuziehen, sodass sich eine über den Rahmen des üblichen Kontaktrechts hinausgehende Betreuungsleistung des Vaters von 76 Tagen im Verhältnis zu 209 Tage bei der Mutter ergebe. Nach den Grundsätzen der Prozentwertmethode hätten beide Kinder Anspruch auf Unterhalt in Höhe von 18 % des Einkommens des Vaters. Dadurch ergebe sich bei einer erzielbaren Bemessungsgrundlage von 2.419 EUR und nach Anrechnung der von der Mutter bezogenen Familienbeihilfe ein Unterhaltsanspruch von rund 400 EUR pro Kind. Aufgrund der Verringerung der Betreuungsleistungen der Mutter auf 209 Tage im Jahr durch das die übliche Dauer überschreitende Kontaktrecht des Vaters sei eine aliquote Kürzung des vollen Unterhalts im Verhältnis

von 285 zu 209 vorzunehmen, sodass sich rechnerisch ein Unterhalt je Kind von 295 EUR ergebe. Dieser Abschlag von rund 25 % trage den wechselseitigen Leistungen der Eltern angemessen Rechnung.

Den Revisionsrekurs erklärte das Rekursgericht für zulässig, weil es von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs teilweise abgewichen sei, der in einem ähnlich gelagerten Fall ([5 Ob 2/12y](#)) einen Abzug in Höhe von 40 % von der Geldunterhaltsverpflichtung des Vaters für angemessen erachtet habe.

Der Vater beantragt in seinem Revisionsrekurs, ihn von der Geldunterhaltspflicht zu entheben, in eventu den Unterhalt mit je 60 EUR oder einem sonst angemessenen Betrag unter dem vom Rekursgericht festgesetzten zu bestimmen.

Die durch die Mutter vertretenen Kinder beantragen in ihrer Revisionsrekursbeantwortung, den Revisionsrekurs zurückzuweisen bzw ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

I. Der Revisionsrekurs ist unzulässig, soweit er sich gegen den vom Erstgericht zuerkannten monatlichen Unterhalt für L***** von 1. 9. 2014 bis 30. 11. 2014 in Höhe von 340 EUR und ab 1. 12. 2014 in Höhe von 150 EUR und für E***** ab 1. 12. 2014 in Höhe von ebenfalls 150 EUR richtet.

1. Auch im Außerstreitverfahren ergangene Entscheidungen sind der materiellen und formellen Rechtskraft fähig; sie binden die Betroffenen und die Gerichte ([2 Ob 204/09b](#); vgl auch [3 Ob 189/08b](#); [10 Ob 28/04x](#); [8 Ob 114/03b](#); RIS-Justiz RS0007209).

2. Der Vater hat den Beschluss des Erstgerichts, mit welchem den Kindern die oben genannten Unterhaltsbeträge zuerkannt wurden, nicht angefochten. Der Beschluss ist daher ihm gegenüber in Rechtskraft erwachsen, was insoweit einer meritorischen Entscheidung über das Rechtsmittel entgegensteht (vgl [8 Ob 114/03b](#)).

3. Der Revisionsrekurs des Vaters ist daher im Umfang des erstgerichtlichen (von ihm unbekämpften) Zuspruchs von Unterhalt zurückzuweisen.

II. Im Übrigen ist der Revisionsrekurs wegen der Abweichung des Rekursgerichts von oberstgerichtlicher Rechtsprechung im Fall annähernd gleichwertiger Betreuungsleistungen der Eltern zulässig und berechtigt.

1. Gemäß [§ 231 Abs 2 Satz 1 ABGB](#) - der [§ 140 Abs 2 ABGB](#) aF entspricht - leistet der Elternteil, der das Kind betreut, dadurch seinen Unterhaltsbeitrag, während der andere Elternteil, mit dem das Kind nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, geldunterhaltspflichtig ist.

Kinderbetreuung im eigenen Haushalt wird also vom Gesetz grundsätzlich als voller Unterhaltsbeitrag des betreffenden Elternteils gewertet und der Leistung von Geldunterhalt gleichgestellt. Betreut und versorgt der geldunterhaltspflichtige Elternteil das Kind im Rahmen des üblichen Kontaktrechts in seinem Haushalt, hat dies keine Auswirkungen auf seine Unterhaltspflicht. Üblich ist nach ständiger Rechtsprechung ein Kontaktrecht von zwei Tagen alle zwei Wochen sowie von vier Wochen in den Ferien, also an etwa 80 Tagen pro Jahr ([1 Ob 158/15i](#) mwN). Ein die übliche Dauer überschreitendes Kontaktrecht führt nach der Rechtsprechung häufig zu einer Reduktion der Geldunterhaltspflicht um 10 bis 20 % pro weiterem Wochentag der Betreuung. Je mehr sich die Situation allerdings einer gemeinsamen gleichwertigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern annähert, umso weniger wird ein Prozentabzug pro zusätzlichem Kontakttag zu unterhaltsneutralen Tagen den wechselseitigen Leistungen gerecht (vgl [5 Ob 2/12y](#)).

2. Die jüngere Rechtsprechung tendiert in den Fällen, dass beide Elternteile gleichwertige bedarfsdeckende Naturalleistungen und Betreuungsleistungen erbringen und über vergleichbare Einkommen verfügen, zum „betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell“, bei dem die Unterhaltsbefreiung, die [§ 231 Abs 2 ABGB](#) an die Betreuung knüpft, nicht mehr allein dem hauptbetreuenden Elternteil zugute kommt, sondern die Unterhaltsbelastung im Verhältnis von Leistungsfähigkeit und Betreuungslast auf beide Elternteile aufgeteilt wird (vgl [10 Ob 17/15w](#) mwN; *Kolmasch* in Zak 2015/460; *Gitschthaler* in EF-Z 2016/3).

3. **Bei gleichwertigen Betreuungs- und Naturalunterhaltsleistungen besteht somit kein Geldunterhaltsanspruch, wenn das Einkommen der Eltern etwa gleich hoch ist. Trägt ein Elternteil überwiegend neben der**

Betreuung im Haushalt zusätzlich die notwendigen Aufwendungen für Bekleidung, Schuhwerk und alle größeren, längerlebigen Anschaffungen, führt dies zu einem Ausgleichsanspruch gegen den minderleistenden Elternteil ([4 Ob 16/13a](#); [7 Ob 145/04f](#); [4 Ob 74/10a](#)).

4.1. Nach der Entscheidung [4 Ob 16/13a](#) liegt eine etwa gleichteilige Betreuung dann vor, wenn kein Elternteil mindestens zwei Drittel der Betreuung durchführt.

4.2. *Schwimann/Kolmasch* (Unterhaltsrecht⁷, 104) führen dazu aus, dass eine faire Lösung nicht darin liegen könne, den Fall, in dem kein Elternteil geldunterhaltspflichtig sei, durch eine nivellierende Betrachtung von mehr als bloß geringfügigen Einkommens- und Betreuungsunterschieden möglichst weit auszudehnen. Vielmehr sollte bei allen Fällen substanzieller Mitbetreuung anhand der konkreten Verhältnisse von Leistungsfähigkeit und Betreuungslast festgelegt werden, ob und in welchem Ausmaß die Elternteile eine Geldunterhaltspflicht trifft.

4.3. Diese Kritik ist insofern zutreffend, als eine Differenz von einem Drittel zwischen den jeweiligen Betreuungsleistungen einen nicht unbeträchtlichen Abstand zu einer annähernd gleichteiligen Betreuung schafft. In einem derartigen Fall würde es eher dem Sachlichkeitsgebot entsprechen, eine allfällige Geldunterhaltspflicht nach den konkreten Verhältnissen der Betreuungslast (Verhältnis der betreuten Tage zueinander) - unter Berücksichtigung der jeweiligen Leistungsfähigkeit und der jeweils getragenen Naturalleistungen mit Unterhaltscharakter - zu ermitteln.

5. Im vorliegenden Fall besteht jedoch eine Relation von 209 zu 156 Betreuungstagen, somit etwa ein Verhältnis von 4:3, welches noch als annähernd gleichteilige Betreuung erachtet werden kann. Folglich ergibt sich aus der Betreuungslage noch kein Ausgleichsanspruch gegen den (bloß geringfügig minderbetreuenden) Vater. Da (bei entsprechender Anspannung des Vaters) auch ein annähernd gleiches Einkommen der Eltern vorliegt und beide Eltern (nach den Feststellungen der Tatsacheninstanzen offenbar gleichteilig) außertourliche Kosten (Musik, Freizeit) tragen, ergibt sich auch daraus kein Ausgleichsanspruch. Allerdings trägt die Mutter zusätzlich die (über die jeweilige Betreuung im

eigenen Haushalt hinausgehenden) Naturalleistungen mit Unterhaltscharakter. Den Kindern steht daher ein Ausgleichsanspruch gegen den minderleistenden Vater nach Maßgabe der diesbezüglichen Mehrleistungen der Mutter zu.

6.1. Da Unterhaltsentscheidungen grundsätzlich Ermessensentscheidungen und keine reinen Rechenexempel sind (RIS-Justiz RS0047419 [T23]; vgl auch *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB TaKom § 231 Rz 288 [„Mut zur Ungenauigkeit“]), ist es nicht möglich, bei der Unterhaltsbemessung dem exakt der jeweiligen Ausgabendifferenz entsprechenden Ausgleichsanspruch Rechnung zu tragen. Es hat daher eine annäherungsweise Bemessung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände zu erfolgen.

6.2. Die von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen zu den Naturalleistungen rechtfertigen derzeit keinen dem Vater aufzuerlegenden Geldunterhalt, der über den vom Erstgericht (dem Vater gegenüber rechtskräftig) festgesetzten Betrag von 150 EUR je Kind und Monat hinausgeht. Sollte diese Unterhaltsbemessung zukünftig maßgeblich von den tatsächlichen Leistungen der Eltern abweichen, steht es den Parteien frei, bei fehlendem Einvernehmen neuerlich einen Antrag auf Unterhaltsbemessung bei Gericht zu stellen.

7. Dem Revisionsrekurs des Vaters ist daher Folge zu geben. Der Unterhaltserhöhungsantrag der durch die Mutter vertretenen Minderjährigen ist abzuweisen, die dem Vater auferlegten Unterhaltsleistungen sind auf jene zu beschränken, die das Erstgericht ausgemittelt hat.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:OGH0002:2016:00400B00206.15W.0223.000

Redaktioneller Hinweis: Im obigen Text wurden jene Passagen farblich 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.