

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

04.07.2012

**Geschäftszahl**

5Ob2/12y

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Hurch und Dr. Lovrek sowie die Hofräte Dr. Höllwerth und Mag. Wurzer als weitere Richter in der Pflegschaftssache des mj N\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\*, geboren am 6. August 1997, \*\*\*\*\*, vertreten durch die Mutter S\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\*, ebendort, diese vertreten durch Dr. Bernhard Waldhof Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterhalt, über den Revisionsrekurs des Vaters D\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Roland Kometer, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen den Beschluss des Landesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 24. November 2011, GZ 54 R 88/11d-43, womit über Rekurs des Vaters der Beschluss des Bezirksgerichts Hall in Tirol vom 28. Juli 2011, GZ 2 Pu 337/10w-39, bestätigt wurde, den

**Beschluss**

gefasst:

**Spruch**

Dem Revisionsrekurs des Vaters wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie - einschließlich ihrer bereits in Rechtskraft erwachsenen Teile - zu lauten haben:

„Der Vater ist schuldig, für seinen Sohn ab 1. 1. 2008 bis auf weiteres, längstens jedoch bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes, monatliche Unterhaltsbeiträge von 200 EUR zu Handen der Mutter S\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\* zu bezahlen.

Die bis zur Rechtskraft dieses Beschlusses fällig gewordenen Unterhaltsbeiträge sind abzüglich bereits geleisteter Zahlungen binnen 14 Tagen, die in Hinkunft fällig werdenden Unterhaltsbeiträge am Ersten eines jeden Monats im Voraus zu entrichten.

Das Mehrbegehren, den Vater zu weiteren monatlichen Unterhaltszahlungen von 300 EUR ab 1. 1. 2008 zu verpflichten, wird - unter Einbeziehung der bereits rechtskräftig abgewiesenen Teilbeträge (monatlich 246 EUR für 2008, monatlich 247 EUR für 2009, monatlich 244 EUR vom 1. 1. bis 28. 2. 2010 und monatlich 231 EUR ab dem 1. 3. 2010) - abgewiesen.“

Der Vater hat die Kosten seines Revisionsrekurses selbst zu tragen.

**Text****Begründung:**

Der am 6. 8. 1997 geborene N\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\* ist der Sohn von S\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\* und D\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\*. Die Eltern sind seit Oktober 2000 geschieden. Die Obsorge für den mj N\*\*\*\*\* wurde 2002 der Mutter, jene für den zweiten Sohn O\*\*\*\*\*, der seit Ende Februar 2010 selbsterhaltungsfähig ist, dem Vater übertragen. Die Eltern schlossen im Juni 2002 einen Vergleich, wonach kein Elternteil den anderen aus dem Titel des Unterhalts für das jeweils in seiner Obsorge befindliche Kind in Anspruch nehmen werde.

Der Jugendwohlfahrtsträger beantragte namens des mj N\*\*\*\*\* (am 20. 3. 2009 bei Gericht einlangend), den Vater zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten. Der Vater hielt diesem Antrag den wiedergegebenen Vergleich entgegen und verwies weiters darauf, dass der Minderjährige nahezu gleich viel Zeit bei ihm wie bei der obsorgeberechtigten Mutter verbringe. Daraufhin zog der Jugendwohlfahrtsträger am 23. 7. 2009 den Antrag auf Unterhaltsfestsetzung - ohne ausdrücklichen Anspruchsverzicht - zurück.

Mit **Antrag** vom 9. 12. 2010 begehrt der durch seine Mutter vertretene mj N\*\*\*\*\*, den Vater rückwirkend ab 1. 1. 2008 zur Zahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge von 500 EUR zu verpflichten.

Der Vater sprach sich erneut gegen eine Unterhaltsverpflichtung aus. Infolge Rückziehung des früheren Unterhaltsantrags sei auf Ansprüche für die Zeit vor dem 23. 7. 2009 verzichtet worden. Im Übrigen hielt der Vater einer Verpflichtung zum Geldunterhalt entgegen, dass sich der Minderjährige überwiegend bei ihm, nicht aber bei der obsorgeberechtigten Mutter aufhalte. Sein monatliches Einkommen bezifferte der Vater mit 1.700 EUR.

Das **Erstgericht** verpflichtete den Vater zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen für den mj N\*\*\*\*\* in der Höhe von monatlich 254 EUR für 2008, 253 EUR für 2009, 256 EUR für Jänner bis Februar 2010 und 269 EUR ab 1. 3. 2010. Das entsprechende Mehrbegehren wies das Erstgericht - unbekämpft - ab. Es legte folgenden Sachverhalt zugrunde:

Der mj N\*\*\*\*\* hält sich während des gesamten Jahres jedes Wochenende von Freitag nach Schulschluss bis Sonntag beim Vater auf. Während der Woche ist N\*\*\*\*\* an zwei Tagen ein bis zwei Stunden beim Vater zu Besuch. Darüber hinaus verbringt N\*\*\*\*\* die gesamten Schulferien und die gesamten Weihnachtsferien beim Vater.

Das Einkommen des Vaters betrug im Durchschnitt jeweils monatlich im Jahr 2008 1.894 EUR, im Jahr 2009 1.843 EUR, im Jahr 2010 1.872 EUR und im Jänner 2011 1.543,29 EUR.

Rechtlich ging das Erstgericht zunächst von einem Unterhaltsanspruch in der Höhe von 19 % des väterlichen Durchschnittseinkommens bis 28. 2. 2010 und von 20 % seither aus. Danach ermittelte das Erstgericht unter Anrechnung der Transferleistungen monatliche Unterhaltsbeiträge für das Jahr 2008 in der Höhe von 330 EUR, für 2009 328 EUR, für Jänner bis Februar 2010 333 EUR und danach 349 EUR. Ausgehend von einem üblichen Besuchsrecht von zwei Tagen alle zwei Wochen und vier Wochen während der Sommerferien zog das Erstgericht 80 Tage als unterhaltsneutrale Besuchs-(rechts-)tage von der errechneten Gesamtaufenthaltszeit des Kindes beim Vater von 200 Tagen ab, wonach 120 Tage an Mehrbetreuung, somit 2,3 Tage pro Woche, unterhaltsmindernd zu berücksichtigen seien. Die für den Fall üblicher Besuchskontakte errechneten Unterhaltsbeiträge seien daher um jeweils 23 % zu kürzen, was die zuerkannten Unterhaltsbeiträge ergebe. Darüber hinausgehende Leistungen des Vaters wie Taschengeld, ein Mopedkauf oder Trainingsgeld seien freiwillige Leistungen und Geschenke des Vaters ohne Einfluss auf die Unterhaltshöhe und daher nicht unterhaltsmindernd.

Dem dagegen vom Vater erhobenen Rekurs gab das **Rekursgericht** nicht Folge. Bei Zurückziehung des ersten Unterhaltsfestsetzungsantrags habe der den Minderjährigen vertretende Jugendwohlfahrtsträger keinen Anspruchsverzicht erklärt. Die Rechtsfolge des [§ 11 Abs 3 AuBStrG](#), nämlich der Ausschluss einer neuerlichen Geltendmachung des Anspruchs, trete nur ein, wenn hinreichend deutlich erklärt werde, dass mit der Antragsrückziehung ein Anspruchsverzicht verbunden sei. Im Zweifel sei - wie im Zivilprozess - eine Rücknahme ohne Anspruchsverzicht anzunehmen. Die neuerliche Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen sei dem Antragsteller somit nicht verwehrt.

Das Erstgericht habe zutreffend eine Reduktion der Geldunterhaltungspflicht des Vaters durch dessen verstärkte Betreuung des Sohnes berücksichtigt. Dabei sei nicht von konkreten Aufwendungen des Geldunterhaltspflichtigen, sondern ausschließlich von den ersparten Aufwendungen des anderen Elternteils auszugehen. Die Berechnung eines Abzugs von 10 % pro wöchentlich zusätzlichem Betreuungstag entspreche höchstgerichtlicher Judikatur. Dabei seien 80 Tage als übliche Besuchskontakte „unterhaltsneutral“ und nicht in die Betreuungszeit des Vaters einzurechnen. Demnach halte sich der Minderjährige etwa 120 Tage beim Vater und 165 Tage bei der Mutter auf. Nur dann, wenn es zu einer völlig gleichwertigen Aufteilung der Betreuungszeiten bei annähernd gleich hohem Einkommen beider Eltern komme, sei eine Geldunterhaltungspflicht zu verneinen. Das treffe aber auf den vorliegenden Fall nicht zu.

Eine neuerliche Berücksichtigung vom Vater erbrachten Aufwendungen komme nicht in Betracht, weil dies zu einer zweimaligen Kürzung des Unterhaltsanspruchs führen würde. Soweit es sich um typische Geschenke handle, seien diese ohnehin keine unterhaltsrelevanten Aufwendungen. Kosten eines Sommerurlaubs seien mit der Ausübung des Ferienbesuchsrechts typischerweise verbunden und daher nicht anrechenbar.

Über Zulassungsvorstellung des Vaters sprach das Rekursgericht aus, dass der Revisionsrekurs doch zulässig sei. Das Argument des Vaters, dass ohne Abzug von 80 unterhaltsneutralen Besuchstagen eine gleichzeitige Betreuung durch beide Elternteile zugrundegelegt werden könne, was -unter Prüfung weiterer Voraussetzungen - zu einem gänzlichen Entfall des Geldunterhaltsanspruchs führen könne, sei nach jüngerer höchstgerichtlicher Rechtsprechung beachtlich. Insbesondere die Frage, ob bei Gegenüberstellung elterlicher Betreuungszeiten neutrale Besuchszeiten zu berücksichtigen seien, sei durch höchstgerichtliche Rechtsprechung klärungsbedürftig.

Gegen die Entscheidung des Rekursgerichts richtet sich der **Revisionsrekurs** des Vaters wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn der gänzlichen Abweisung des Unterhaltsfestsetzungsantrags; hilfsweise stellt der Vater auch einen Aufhebungsantrag sowie den Antrag, seine Geldunterhaltungspflicht „mit einem geringeren Betrag“ festzusetzen.

Der antragstellende Minderjährige beantragte in der ihm freigestellten **Revisionsrekursbeantwortung**, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

## Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs des Vaters ist zulässig, weil die Vorinstanzen die Unterhaltspflicht des Vaters unvertretbar hoch bemessen haben, und im Sinn seines Eventualantrags auf Reduzierung seiner Unterhaltspflicht auch berechtigt.

1. Soweit der Vater in seinem Revisionsrekurs erneut aus der Zurückziehung des ersten Unterhaltsfestsetzungsantrags einen Anspruchsverzicht ableitet, ist dem mit den Ausführungen des Rekursgerichts zu entgegnen, dass die Verfahrensgestaltung des den Minderjährigen damals vertretenden Jugendwohlfahrtsträgers allein keine ausreichenden Grundlagen dafür bietet, einen materiellrechtlichen Verzichtswillen zu unterstellen. Zusätzliche, vom Rekursgericht nicht bereits berücksichtigte Umstände werden vom Vater in seinem Revisionsrekurs hiezu nicht aufgezeigt.

2. Gemäß [§ 140 Abs 2 ABGB](#) 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 betreuenden Elternteils gewertet und der Leistung von Geldunterhalt gleichgestellt (stRsp [1 Ob 117/02s](#) EFSlg 99.232).

3. Dem geldunterhaltspflichtigen Elternteil steht bei getrennter Lebensführung ein Besuchsrecht zu ([§ 148 ABGB](#)), wofür bei Ausübung im üblichen Umfang in der Regel kein anrechenbarer Aufwand, also kein Abzug von der Geldunterhaltspflicht, zugebilligt wird (vgl *Fischer-Czermak/Böhner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 140 Rz 48; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 200 mwN). Ebenso wenig erhöht sich die Unterhaltsbemessungsgrundlage, wenn sich der Geldunterhaltspflichtige durch Nichtausübung des Besuchsrechts eigene Aufwendungen erspart (*Neuhauser in Schwimann/Kodek*, § 140 ABGB Rz 486 mN; *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*<sup>3</sup> § 140 ABGB Rz 123 mwN in FN 530, 532). Daraus wird die Ansicht abgeleitet, dass normale (übliche) Besuchszeiten in der Regel als „unterhaltsneutral“ zu qualifizieren seien (vgl [10 Ob 11/04x](#) EF-Z 2006/11, 22; [7 Ob 178/06m](#) iFamZ 2007, 8).

4. Es entspricht allerdings ebenso ständiger Rechtsprechung, dass ein die übliche Dauer überschreitendes Besuchsrecht zu einer Reduzierung der Geldunterhaltspflicht führen kann (RIS-Justiz RS0047452; *Neuhauser in Schwimann*, ABGB-TaKomm, § 140 Rz 119 mwN). So wurde etwa für einen über einen üblichen Besuchstag pro Woche hinausgehenden weiteren Tag eine pauschale Reduktion der Geldunterhaltspflicht um 10 % gebilligt ([10 Ob 11/04x](#) EF-Z 2006/11 [*Gitschthaler*]). In der Entscheidung [7 Ob 178/06m](#) (FamZ 2007, 8) hat der Oberste Gerichtshof in einem Fall, in dem die Kinder insgesamt in etwa 1/3 der Zeit vom geldunterhaltspflichtigen Vater betreut wurden, eine Reduktion dessen Geldunterhaltspflicht um 20 % für nicht korrekturbedürftig erkannt.

5. Zweifellos handelt es sich bei diesem Ansatz (10 %-Abzug pro zusätzlichem Besuchstag bei unterhaltsneutralen Tagen) nur um eine generalisierende Betrachtungsweise, die tendenziell wohl eher die Untergrenze signalisieren wird, mit der auf zusätzliche Belastungen jenes geldunterhaltspflichtigen Elternteils Bedacht genommen wird, zu dem mehr als im üblichen Ausmaß Kontakte bestehen. Je mehr sich die Situation allerdings einer gemeinsamen gleichwertigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern annähert, umso weniger wird ein 10 %-Abzug pro zusätzlichem Besuchstag bei unterhaltsneutralen Tagen den wechselseitigen Leistungen gerecht (idS etwa *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*<sup>3</sup> § 140 ABGB Rz 125; diesen folgend *Gitschthaler*, Neue Betreuungsmodelle - neue Unterhaltsmodelle EF-Z 2010/122, 172 [177]; vgl auch *Schwimann/Kollmasch*, Unterhaltsrecht<sup>5</sup> 82; *Jausovic*, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern [2009], 202; aA wohl *Hopf* in KBB<sup>3</sup> § 140 ABGB Rz 12). Das ist schon deshalb plausibel, weil (echte) Betreuung in zwei Haushalten zu einer gewissen Steigerung des Gesamtaufwands wegen doppelt notwendiger Versorgungsstruktur führt (idS schon [ansatzweise] [3 Ob 222/02x](#)).

6. Im vorliegenden Fall errechnete das Erstgericht eine Aufenthaltsdauer des Kindes von rund 200 Tagen beim Vater und 165 Tagen bei der Mutter. Unter Zugrundelegung der maßgeblichen Feststellungen ist diese Berechnung allerdings zu korrigieren: 10 Ferienwochen (70 Tage) und 42 Wochenenden je 2 Tage ergibt 154 Tage Aufenthalt beim Vater, die restliche Zeit von 211 Tagen lebt das Kind bei seiner Mutter. Zu dieser Berechnung ist noch klarzustellen, dass bloß einzelne Stunden Aufenthalt nicht zu berücksichtigen sind, und ein Wochenendaufenthalt von Freitag nach der Schule bis Sonntag sich eben nur mit 2 Tagen niederschlägt.

Es kann daher schon aufgrund dieser rein rechnerischen Überlegung keine Rede davon sein, wie der Revisionsrekurswerber unterstellt, dass sich das Kind „überwiegend“ bei ihm aufhielte oder eine Betreuung durch beide Eltern in annähernd gleichzeitigem Ausmaß erfolgt.

Je nachdem, ob sog unterhaltsneutrale Besuchs-(rechts-)tage abgezogen werden oder nicht, teilen sich die Besuchs- bzw Betreuungstage auf 154 Tage bzw 74 Tage beim Vater und 211 Tage bei der Mutter auf (annähernd 3 : 4 bzw 1 : 3 zugunsten der Mutter). Eine bloße Gegenüberstellung von Besuchs- bzw Betreuungstagen kann aber nicht allein und abschließend maßgeblich sein. Unterhaltsentscheidungen sind grundsätzlich Ermessensentscheidungen ([1 Ob 88/09m](#) = RIS-Justiz RS0047419 [T23]; [10 Ob 49/10v](#) FamZ 2010/223), weshalb es problematisch ist, allgemein verbindliche, gleichsam rechenformelmäßige Prozentsätze für Abschläge für übermäßige Betreuungsleistungen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils festzulegen ([8 Ob 62/04g](#); [10 Ob 49/10v](#)).

7. Der vorliegende Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass die Betreuungsleistungen der Mutter sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch im Leistungsumfang deutlich überwiegen. Sie gewährleistet die Betreuung und Erziehung während der normalen Schulzeiten des Kindes von Montag bis Freitag, während der Vater damit nicht unmittelbar vergleichbare Leistungen ausschließlich in der schulfreien Zeit erbringt. Die Aufenthalte des Kindes bei ihm sind strukturell einer Besuchsrechtskonstellation ähnlich, wenn sie auch in Summe einen beachtlichen Zeitraum umfassen.

Konkrete Unterschiede im Sachaufwand während der unterschiedlichen Betreuungszeiten sind dem Vorbringen nicht zu entnehmen.

8. Der erkennende Senat hält daher - zusammenfassend - unter den besonderen Konstellationen des hier zu beurteilenden Sachverhalts einen Abzug von der Geldunterhaltsverpflichtung des Vaters in Höhe von ca 40 % für angemessen. Geringfügige Einkommensunterschiede im verfahrensgegenständlichen Zeitraum werden durch den Wegfall der Unterhaltspflicht für den weiteren Sohn aufgewogen. Damit ergibt sich ein monatlicher Unterhaltsbeitrag des Vaters im verfahrensgegenständlichen Zeitraum von (gerundet) 200 EUR.

Die vom Erstgericht vorgenommene und vom Rekursgericht als zutreffend erachtete Reduktion der vom Vater zu leistenden Unterhaltsbeiträge um (nur) 23 % ist jedenfalls auf der Grundlage des vorliegenden Sachverhalts daher nicht mehr vertretbar.

Zu Konstellationen annähernd gleicher Betreuung - sowohl in zeitlicher als auch qualitativer Hinsicht - muss hier nicht Stellung genommen werden, weil ein solcher Fall hier nicht vorliegt. Auch die Frage der Behandlung unterhaltsneutraler Besuchszeiten ist im vorliegenden Fall nicht entscheidend.

Der Revisionsrekurs erweist sich daher als - wie aus dem Spruch ersichtlich - teilweise berechtigt.

Ein Kostenersatz findet im Verfahren über Unterhaltsansprüche eines mj Kindes nicht statt ([§ 101 Abs 2 AußStrG](#)).