

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Pflugschaftssache des Markus S*****, geboren am 8. August 1982, ***** und Nikolaus S*****, geboren am 14. Juni 1984, ***** vertreten durch Dr. Wolfgang Muchitsch, Rechtsanwalt in Graz, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses des Vaters Karl S*****, vertreten durch Mag. Michael Berghofer, Rechtsanwalt in Graz, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Rekursgericht vom 28. Juni 2002, GZ 2 R 210/02w-39, womit der Beschluss des Bezirksgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 5. Juni 2002, GZ 17 P 57/01p-33, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird, soweit er sich auf den Unterhaltsanspruch des Nikolaus S***** bezieht, zurückgewiesen.

Soweit sich der außerordentliche Revisionsrekurs auf den Unterhaltsanspruch des Markus S***** bezieht, wird der Akt dem Erstgericht zurückgestellt.

B e g r ü n d u n g :

Die Antragsteller sind eheliche Kinder, deren Eltern seit Anfang Dezember 2000 nicht mehr in gemeinsamem Haushalt leben.

Der Vater bezog im Zeitraum Jänner bis Juli 2002 ein Gesamtnettoeinkommen von 422.755,32 S, im Jahr 2000 betrug es 681.081,67 S, im Monatsdurchschnitt daher gerundet 56.800 S. Von August 2001 bis Dezember 2001 betrug das Gesamtnettoeinkommen 248.982,10 S. Gerundet sind dies für 2001 monatlich 56.000 S. Von Jänner bis Mai 2002 verdiente er 14.705,76 EUR ohne Sonderzahlungen. Unter deren Einrechnung ergibt sich ein Durchschnittsnettoeinkommen von rund 4.000 EUR monatlich für das Jahr 2002. Der Vater hat keine weiteren gesetzlichen Unterhaltspflichten.

Die Vermögenserträge der Eltern betragen nach Abzug der KEST im Jahr 2000 65.302,05 S und im Jahr 2001 3.899,49 EUR.

Die Mutter bezog vom 1. August 2000 bis 31. Juli 2001 ein Gesamtnettoeinkommen von 401.599,91 S, gerundet im Monatsdurchschnitt inklusive zweier Kinderzulagen 31.000 S.

Der Sohn Nikolaus befand sich jeweils von Montag bis Donnerstag bei der Mutter und von Freitag bis Sonntag sowie teilweise in den Ferien beim Vater. Durchschnittlich ist er etwa zwölf Tage monatlich bzw. drei Tage pro Woche in Pflege und Erziehung des Vaters.

Der Sohn Markus befand sich von Dezember 2000 bis Juni 2001 an etwa zwei Tagen pro Woche beim Vater. Seit

Juli 2001 war er nur noch gelegentlich bei ihm zu Besuch, seit 13. Februar 2002 besteht kein Besuchskontakt mehr. Der Vater war ihm bei Vermittlung der Ferialbeschäftigung und des Zivildienstes behilflich. Von der Mutter erhielt er ein Taschengeld von monatlich 500 S, vom Vater monatlich 1.000 S. Von Dezember 2000 bis Februar 2002 erbrachte der Vater mit der Widmung Unterhalt für seine Söhne monatlich je 1.000 S Taschengeld und für eine Zusatzversicherung je 280,42 S monatlich. Dazu kommen Zahlungen für den Sohn Markus für ein Klassenfoto (75 S), für Taxi (150 S) sowie Unterhaltszahlungen (August 2001 7.000 S, September 7.000 S) und Bekleidungsgeld (3.000 S).

Nachdem die damals noch minderjährigen Söhne, vertreten durch die Mutter, einen monatlichen Unterhalt von je 16.000 S ab 1. Dezember 2000 beantragt hatten, schränkte der inzwischen volljährige Markus seinen Antrag mit Wirksamkeit vom 1. Dezember 2000 auf 870 EUR monatlich ein. Er anerkannte auch diverse Leistungen des Vaters als Unterhaltsleistung. Auch der damals noch minderjährige Nikolaus anerkannte monatliche Taschengeldzahlungen von 1.000 S ab Juli 2001 und die monatliche Krankenzusatzversicherungsprämie als Unterhaltsleistungen und schränkte seinen Antrag ab 1. Juli 2001 auf 14.790 S (= 1.074,83 EUR) ein.

Das Erstgericht setzte den monatlichen Unterhaltsbetrag für Nikolaus ab 1. Dezember 2000 mit monatlich 600 EUR fest, für Markus vom 1. Dezember 2000 bis 30. Juni 2001 mit 630 EUR und vom 1. August bis 30. September 2001 mit 690 EUR. Das Mehrbegehren (darunter für Markus ab 1. Oktober 2001 zur Gänze) wies es ab. Das Erstgericht sprach aus, dass die bei Rechtskraft des Beschlusses fälligen Unterhaltsbeträge sofort, in Hinkunft

fällig werdende jeweils am Ersten eines jeden Monats im Vorhinein zu entrichten seien, dies jedoch abzüglich von insgesamt 2.138,85 EUR.

Das Rekursgericht änderte den von allen Parteien bekämpften Beschluss des Erstgerichts teilweise dahin ab, dass es den monatlichen Unterhaltsbetrag für Nikolaus ab 1. Dezember 2000 mit 480 EUR festsetzte, den für Markus dagegen für die Zeit vom 1. Dezember 2000 bis zum 30. Juni 2001 mit 600 EUR, für die Zeit vom 1. Juli 2001 bis 30. September 2001 mit 845 EUR, abzüglich 1.575,40 EUR, und für die Zeit vom 1. Oktober 2001 bis 30. September 2002 mit 630 EUR. Die darüber hinausgehenden Unterhaltsfestsetzungsanträge wies es ab und sprach aus, dass gemäß § 14 Abs 1 AußStrG der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Diese Entscheidung begründete die zweite Instanz im Wesentlichen wie folgt:

Mangels Regelung der Obsorge liege hier der spezielle Fall vor, dass zwar eine Haushaltstrennung der Eltern der beiden zwischenzeitig volljährig gewordenen Söhne mit etwa Anfang Dezember 2000 gegeben sei, die Obsorge jedoch bis zum Erreichen der Volljährigkeit beiden Elternteilen verblieben sei. Darüber hinaus habe das Erstgericht unbekämpft festgestellt, dass Nikolaus von seinem Vater zu 3/7 und von seiner Mutter zu 4/7 betreut worden sei und noch betreut werde, während Markus bis Ende Juni 2001 zu 2/7 von seinem Vater und zu 5/7 von seiner Mutter betreut worden sei.

Der angemessene Kindesunterhalt sei gemäß § 140 Abs 1 ABGB von den beiden Elternteilen entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit anteilig zu leisten. Die Kinderbetreuung im eigenen Haushalt werde vom Gesetz

zunächst unabhängig vom Quotenverhältnis als voller Unterhaltsbetrag des betreuenden Elternteils gewertet, auch bei volljährigen Kindern. Mangels Obsorgeentscheidung sei hier davon auszugehen, dass beide Elternteile noch bis zur Volljährigkeit ihrer Söhne obsorgeberechtigt gewesen seien. Es handle sich hier um einen Einzelfall, für den keine spezielle Rsp vorliege. Analog zur Rsp zu über den Rahmen üblicher Besuchsrechtskontakte hinausgehender Betreuung durch den geldunterhaltspflichtigen Teil sei der Vater für Nikolaus zu 3/7 naturalunterhaltspflichtig, die Mutter in diesem Ausmaß geldunterhaltspflichtig. Demnach mache die Geldunterhaltungspflicht des Vaters 4/7 aus. Analog sei der Vater für Markus bis Juli 2001 zu 5/7 geldunterhaltspflichtig. Zu einer Naturalunterhaltsverpflichtung sei der Vater durch seine Leistung gegenüber den Kindern, auch durch Darreichung des Taschengelds nachgekommen. Geldunterhalt habe er nur im restlichen Ausmaß zu leisten.

Der 2,5-fache Regelbedarf von Kindern im Alter von 15 bis 19 Jahren habe 2001 845 EUR betragen. Der Vater habe für die Zeit der Betreuung von Nikolaus durch die Mutter an vier Tagen der Woche Geldunterhalt im Ausmaß von 4/7, also etwa 480 EUR, zu zahlen. Entsprechend habe Markus einen Geldunterhaltsanspruch von 600 EUR für die Zeit von der Antragstellung ab 1. Dezember 2000 bis 30. Juni 2001. Für die Zeit danach behaupte der Vater keine Naturalunterhaltsleistung mehr, wohl aber sei davon auszugehen, dass er weiterhin monatlich 1.000 S Taschengeld und Versicherungsprämien in Höhe von 93 EUR monatlich erbringe. Weiters seien im Einzelnen dargestellte Geldzahlungen als unterhaltsmindernd anzurechnen. Ab Antritt des Zivildienstes sei Markus bei den gegebenen gehobenen Lebensverhältnissen zwar noch nicht

selbsterhaltungsfähig, der Rekursantrag sei aber zeitlich mit 30. September 2002 limitiert. Auf geringfügiges Ferialeinkommen sei nach stRsp nicht Bedacht zu nehmen.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei nicht zulässig, weil eine Einzelfallentscheidung im Rahmen der Billigkeit vorliege.

Diese Entscheidung bekämpft der Vater mit seinem außerordentlichen Revisionsrekurs insoweit, als für Nikolaus ab 1. Dezember 2000 nicht bloß 120 EUR monatlicher Unterhalt und für Markus vom 1. Dezember 2000 bis 30. Juni 2001 ein monatlicher Unterhaltsbetrag von 600 EUR, für Juli und August 2001 monatlich 845 EUR, für September 2001 845 EUR statt 690 EUR und vom 1. Oktober 2001 bis 30. September 2002 monatlich 630 EUR zugesprochen worden sei, sowie insoweit, als statt 13.386,48 EUR nur 1.575,40 EUR in Abzug gebracht worden seien.

Das Rechtsmittel ist, soweit er sich gegen die Unterhaltsfestsetzung gegenüber dem Sohn Nikolaus richtet, mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig, gegenüber dem Sohn Markus kann derzeit eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs noch nicht ergehen. Nach stRsp des Obersten Gerichtshofs ist der für die Frage der Zulässigkeit des Revisionsrekurses maßgebende Entscheidungsgegenstand des Gerichts zweiter Instanz bei Unterhaltsbegehren für jeden Unterhaltsberechtigten getrennt zu betrachten (3 Ob 248/00h = ÖA 2002, 29; 3 Ob 20/02s; RIS-Justiz RS0017257). Demnach übersteigt der Entscheidungsgegenstand der zweiten Instanz bei Nikolaus den Betrag von 20.000 EUR, ist doch das 36fache des im

Rekursverfahren strittigen Unterhaltsbetrags maßgebend. Das waren pro Monat 725 EUR (Differenz zwischen den beantragten 845 bzw 120 EUR), insgesamt daher 26.100 EUR.

a) Was Markus betrifft, ging das Rekursgericht unangefochten davon aus, dass dieser die Abweisung seines Unterhaltsbegehrens ab 1. Oktober 2002 nicht mehr bekämpfte. Mit seinem Rekurs beehrte er die Unterhaltsfestsetzung für die Zeit vom 1. Dezember 2000 bis 1. Oktober 2001 mit 845 EUR, insgesamt daher 8.450 EUR und für die Zeit vom 1. Oktober 2001 bis 30. September 2002 mit 670 EUR, zusammen daher 8.040 EUR. Das ergibt einen insgesamt angestrebten Unterhaltsbetrag von 16.490 EUR. Damit zeigt sich, dass kein 20.000 EUR übersteigender Entscheidungsgegenstand vorliegt. Demnach widerspricht die Vorlage des außerordentlichen Revisionsrekurses insoweit der bereits seit Inkrafttreten der WGN 1997 geltenden Rechtslage.

Nach § 14 Abs 3 AußStrG idF der WGN 1997 BGBl I 1997/140 und BGBl I 2001/98 ist der Revisionsrekurs - außer im Fall des § 14 Abs 3 AußStrG (der nachträglichen Zulassungserklärung) - jedenfalls unzulässig, wenn wie hier der Entscheidungsgegenstand an Geld oder Geldeswert insgesamt 20.000 EUR nicht übersteigt und das Rekursgericht nach § 13 Abs 1 Z 2 AußStrG den ordentlichen Revisionsrekurs für nicht zulässig erklärt hat.

Unter diesen Voraussetzungen kann aber eine Partei nach § 14a Abs 1 und 2 AußStrG einen binnen 14 Tagen nach Zustellung der zweitinstanzlichen Entscheidung beim Erstgericht einzubringenden Antrag an das Rekursgericht stellen, seinen Ausspruch dahin abzuändern, dass der ordentliche Revisionsrekurs doch für zulässig erklärt werde. Ein solcher Antrag, mit dem zugleich der ordentliche Revisionsrekurs auszuführen ist, muss hinreichend erkennen

lassen, warum der ordentliche Revisionsrekurs für zulässig erachtet wird. Im vorliegenden Fall hat der Vater in seinem Rechtsmittel Rechtsfragen bezeichnet, die für dessen Zulässigkeit sprechen sollten. Es fehlt aber die ausdrückliche Erklärung, dass der Antrag auf Abänderung des Zulassungsausspruchs durch das Rekursgericht gestellt werde. Demnach war das Rechtsmittel dem Obersten Gerichtshof noch nicht vorzulegen. Dessen Entscheidungskompetenz ist derzeit nicht gegeben. Vielmehr wird das Erstgericht das Rechtsmittel gemäß § 14 Abs 2 AußStrG dem Rekursgericht vorzulegen haben. Ob der Antrag iSd § 14 Abs 1 AußStrG fehlt oder ob das Rechtsmittel einer Verbesserung (durch Nachholung eines derartigen Antrags) bedarf, bleibt der Beurteilung der Vorinstanzen vorbehalten (RIS-Justiz RS0109623, darunter in letzter Zeit 3 Ob 75/02d).

b) Was den jüngeren Sohn Nikolaus angeht, zeigt der Revisionsrekurswerber keine erheblichen Rechtsfragen iSd § 14 Abs 1 AußStrG auf.

Wie schon das Rekursgericht zutreffend dargelegt hat, liegen hier besondere Umstände des Einzelfalls vor, was schon gegen das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 14 Abs 1 AußStrG spricht. Bereits in der Entscheidung 3 Ob 657/80 = EFSlg 35.803 hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass bei einer Unterbringung eines Minderjährigen bei beiden Elternteilen im wöchentlich wechselnden Turnus die Herabsetzung des unter der Voraussetzung der ausschließlichen Versorgung des Kindes durch die Mutter vereinbarten Geldunterhalt des Vaters gerechtfertigt ist. Wiederholt wurde auch bereits judiziert, dass ein die übliche Dauer überschreitendes Besuchsrecht zu einer Reduzierung der Geldunterhaltspflicht führen kann (Nachweise bei Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 45 zu 2.).

Dem aus diesen Entscheidungen abzuleitenden Grundgedanken, den zu leistenden Geldunterhalt dann zu reduzieren, wenn der Unterhaltspflichtige auch - über ein übliches Besuchsrecht hinaus - Naturalunterhalt leistet, ist das Rekursgericht ohnehin nachgekommen. Dabei bedarf es aber keiner weiteren Begründung, dass keinesfalls, wie dem Vater vorschwebt, der nach der Prozentsatzjudikatur zustehende Unterhaltsanspruch gleich zweifach gekürzt werden müsste, einmal durch aliquote Kürzung wegen der teilweisen Betreuung und ein zweites Mal durch Anrechnung konkreter Naturalleistungen. Im Übrigen wurden vom Rekursgericht ohnehin Zahlungen für Taschengeld und eine Zusatzversicherung als teilweise Erfüllung der Unterhaltspflicht berücksichtigt. Abgesehen davon, dass im Revisionsrekurs nicht im Einzelnen dargelegt wird, welche Leistungen konkret aus welchen Erwägungen als anzurechnende Naturalleistungen angesehen werden könnten, übersieht der Vater offensichtlich, dass hier de facto ein der gemeinsamen Obsorge nach dem KindRÄG 2001 vergleichbarer Fall vorliegt, für den bereits in der RV zu diesem Gesetz erwogen wird, dass zwar die dargestellte Judikatur zur Unterhaltsminderung bei übermäßiger Besuchsdauer angewendet werden könnte, dass jedoch die Kosten für die Bereithaltung von Wohnraum oder die Anschaffung langlebiger Güter vom Aufenthalt beim anderen Elternteil unberührt blieben (zitiert von *Gitschthaler* aaO Rz 46). Wie *Gitschthaler* (aaO) zutreffend darstellt, führt die gemeinsame Obsorge notwendig zu einem insgesamt erhöhten Aufwand. Schon aus diesen Erwägungen ginge es keinesfalls an, etwa derartige zusätzliche Kosten für Wohnraum oder Anschaffung langlebiger Güter als unterhaltsmindernd zu berücksichtigen. Dabei bleibt aber festzuhalten, dass im

vorliegenden Fall mangels Vorliegens einer gemeinsamen Obsorge über deren Auswirkung auf die Unterhaltsansprüche nicht zu befinden ist.

Berücksichtigt man, dass Nikolaus zu etwa $\frac{3}{7}$ der Zeit vom Vater betreut wird und von ihm Naturalunterhalt bezieht, in der übrigen Zeit aber bei der Mutter wohnt und von dieser betreut wird, besteht kein Einwand gegen die Reduzierung des Geldunterhalts auf $\frac{4}{7}$ des bei alleiniger Betreuung durch die Mutter zustehenden Geldunterhalts. Eine Kompensation der Aufenthaltsquoten, wie sie dem Vater vorschwebt, entbehrt jeder Grundlage und würde zu dem absurden Ergebnis führen, dass, weil dieselben Grundsätze natürlich auch für die Mutter gelten müssten, dieser ungeachtet einer Betreuung im Ausmaß von $\frac{3}{7}$ durch den Vater keine Geldunterhaltungspflicht obliegen würde. Im Ergebnis müsste demnach nach Auffassung des Vaters sein fast erwachsener Sohn mit $\frac{1}{7}$ des ihm an sich zustehenden Geldunterhalts auskommen. Bei all dem darf auch nicht übersehen werden, dass ja der Geldunterhalt zur Abdeckung des Bedarfs des Kindes an Nahrung, Kleidung, Wohnung, Unterricht und Erziehung Aufwendungen für Freizeitgestaltung, Urlaub etc dient (Nachweise bei *Stabentheiner in Rummel*³ § 140 ABGB Rz 2). Demnach sind im Regelfall aus dem Geldunterhalt die für die Wohnung, Ernährung etc des Kindes notwendigen Kosten zu bestreiten, die entsprechenden Beträge fließen daher im Ergebnis dem betreuenden Elternteil zu. Nichts anderes kann aber für beide Eltern gelten, wenn diese Betreuung - wie hier - faktisch nahezu gleich auf die Eltern aufgeteilt ist. Da eine Aufrechnung mangels Gegenseitigkeit nicht in Frage kommt, kann in der Rechtsansicht des Rekursgerichts keine wahrzunehmende Fehlbeurteilung erkannt werden.

Schließlich vermag auch der Hinweis auf die Aufhebung des § 12a FLAG durch den Verfassungsgerichtshof (Erkenntnis vom 19. Juni 2002, Zl. G 7/02 u.a.) die Zulässigkeit des Revisionsrekurses nicht zu begründen. Die erstmals im Revisionsrekurs aufgestellte Behauptung des Vaters, die Mutter beziehe seit einem bestimmten Zeitpunkt die Familienbeihilfe für die beiden Söhne, verstößt gegen das Neuerungsverbot. Auf Grund der vorliegenden Sondersituation kann auch keineswegs gesagt werden, es wäre ohne weiteres davon auszugehen, dass dies der Fall wäre. Eine Reduktion des Unterhaltsbetrags hätte aber nur dann zu erfolgen, wenn die Familienbeihilfe nicht dem steuerlich zu entlastenden Geldunterhaltspflichtigen ausgezahlt würde. Demnach vermag auch der Hinweis auf das genannte Verfassungsgerichtshofurteil das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage nicht zu begründen. Auch im Übrigen wird eine solche nicht aufgezeigt.

Demnach war der Revisionsrekurs, soweit er sich gegen die Entscheidung betreffend den Sohn Nikolaus richtet, zurückzuweisen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 18. Dezember 2002
Dr. S c h i e m e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: