

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj Manuel N*****, geboren am 1. August 1988, *****, hier vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger Land Niederösterreich als besonderen Vertreter in Unterhaltssachen, dieser vertreten durch den Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten, Jugendhilfe, Heßstraße 6, 3100 St. Pölten, über den Revisionsrekurs des Kindes gegen den Beschluss des Landesgerichtes St. Pölten als Rekursgericht vom 3. September 2003, GZ 37 R 249/03y-19, womit infolge Rekurses des Kindes der Beschluss des Bezirksgerichtes St. Pölten vom 11. Juni 2003, GZ 4 P 120/02t-13, abgeändert wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

B e g r ü n d u n g :

Die Ehe der Eltern des am 1. 8. 1988 geborenen Manuel N***** wurde mit Beschluss des Bezirksgerichtes St. Pölten vom 3. 12. 2002 gemäß § 55a EheG geschieden. Nach der dabei abgeschlossenen - noch nicht pflegschaftsbehördlich genehmigten - Vereinbarung verbleibt die Obsorge für den Minderjährigen "auch künftig hin wie bisher" beiden Elternteilen gemeinsam; das Kind wird sich jedoch hauptsächlich bei der Mutter aufhalten. Zum Kindesunterhalt wurde vereinbart, dass die Eltern "gemeinsam Naturalunterhalt" leisten. Dazu wird folgendes ausgeführt:

"Es ist beabsichtigt, dass der Minderjährige ca die Hälfte der Tage bei der Erstantragstellerin und die Hälfte beim Zweitantragsteller wöchentlich wohnt und versorgt wird. Festgestellt wird, dass intern die Antragsteller vereinbart haben, dass sie jeweils 10 % ihres Nettoeinkommens auf ein gemeinsam zu errichtendes Girokonto einbezahlen und damit die laufenden Kosten des Minderjährigen, die über den normalen Naturalunterhalt hinausgehen, bezahlt werden. Festgehalten wird, dass die Erstantragstellerin monatlich netto ca EUR 1.308 (ohne Sonderzahlung) und der Zweitantragsteller monatlich netto ca EUR 1.500 (ohne Sonderzahlungen) verdient."

Der zur Stellungnahme zum Scheidungsvergleich aufgeforderte Jugendwohlfahrtsträger (im Folgenden: JWT) sprach sich gegen die pflegschaftsbehördliche Genehmigung des Scheidungsvergleiches aus. Er wies insbesondere darauf hin, dass ein solcher kein Exekutionstitel sei. Sollte sich das Verhältnis zwischen den Eltern verschlechtern, wäre das Kind zur Durchsetzung seiner Ansprüche zunächst auf ein Bemessungsverfahren zu verweisen. Auch bei gemeinsamer Obsorge sei der Elternteil, bei dem nicht der Hauptwohnsitz des Kindes liege, zu einem Unterhaltsbeitrag im Rahmen der

üblichen Prozentkomponente (hier: 20 % des Nettolohnes einschließlich Sonderzahlungen) zu verpflichten.

Am 24. 2. 2003 beantragte der von der Mutter bevollmächtigte JWT namens des Kindes, die Unterhaltsbeiträge des Vaters mit monatlich EUR 380 festzulegen. Dieser verfüge über ein monatliches Einkommen von EUR 1.930. Seit der Scheidung sei insofern eine Änderung eingetreten, als die Eltern nicht mehr mit dem Kind gemeinsam in der früheren Ehwohnung wohnten; Mutter und Kind seien nämlich mittlerweile ausgezogen. Eine außergerichtliche Einigung sei nicht möglich, weil der Vater einwende, dass er seinen Sohn etwa die Hälfte der Zeit betreue. Dessen hauptsächlicher Wohnsitz sei jedoch bei der Mutter festgelegt worden. Damit liege es primär an ihr, die Gesamtversorgung des Kindes (etwa Anschaffung und Reinigung der Bekleidung udgl) sicherzustellen. Es könne daher nicht zulässig sein, dass der Geldunterhaltspflichtige für die von ihm erbrachten Betreuungsleistungen eine Reduzierung der Zahlungen um die Hälfte des üblichen Prozentsatzes vornehme. Ob überhaupt eine Reduzierung gerechtfertigt sei, werde das Pflschaftsgericht zu beurteilen haben. Hinsichtlich der tatsächlichen Betreuungsleistungen seien die Angaben der Eltern unterschiedlich.

In seiner Äußerung zu diesem Antrag wendete sich der Vater gegen die Ausführungen, wonach es primär an der Mutter liege, die Gesamtversorgung des Kindes sicherzustellen. Tatsächlich befinde es sich von Freitag bzw Samstag (nach der Schule) bis Montag oder Dienstag (Schulbeginn) ausschließlich in seiner Obhut. Unter Berücksichtigung der Schulzeiten ergebe sich damit sogar ein leichter Überhang der Betreuungszeiten auf seiner Seite. Die bei der Scheidung abgeschlossene Vereinbarung sei für das

Kind wesentlich günstiger, weil die von jedem Elternteil aufgebrauchten Zahlungen in Höhe von 10 % des Einkommens ausschließlich für die über die Naturalalimentation hinausgehenden Unterhaltsansprüche des Kindes Verwendung finden sollten. Zu einer Exekution bestehe kein Anlass. Die Festlegung des Wohnsitzes der Mutter als hauptsächlichen Aufenthaltsort des Kindes sei lediglich deshalb erfolgt, weil dieser Ort weiter von der Schule entfernt sei und daher ein Freifahrtausweis über die größere Strecke erreicht werden konnte. Im Übrigen fließe die Familienbeihilfe schon im vollen Ausmaß der Mutter zu.

Der JWT hielt in einer weiteren Eingabe vom 3. 4. 2003 den Unterhaltsfestsetzungsantrag aufrecht. Sowohl dem Kindeswohl als auch dem Willen der Parteien käme es am nächsten, wenn einerseits eine Absicherung des Kindes durch einen entsprechenden Exekutionstitel erfolge und andererseits - solange die Voraussetzungen dafür gegeben seien - im Innenverhältnis eine dem Willen der erwachsenen Beteiligten entsprechende flexiblere Handhabung vereinbart werden könnte. Wenn es zu keiner einvernehmlichen Lösung komme, sei die Sinnhaftigkeit einer gemeinsamen Obsorge grundsätzlich in Frage zu stellen.

In der gleichzeitig vorgelegten Niederschrift bestätigte die Mutter die Betreuungszeiten dahingehend, dass das Kind von Samstag mittags bis Dienstag morgens beim Vater und von Dienstag mittags bis Samstag nach Schulschluss bei der Mutter betreut werde. Der Vater bestätigte in seiner abschließenden Stellungnahme vom 24. 4. 2003 die Richtigkeit dieser Betreuungszeiten und ersuchte neuerlich um Genehmigung der im Scheidungsvergleich abgeschlossenen Regelung.

Mit Beschluss vom 11. 6. 2003 setzte das Erstgericht die Unterhaltsbeiträge des Vaters ab 1. 2. 2003 mit monatlich EUR 250 fest (Punkt I), wies das darüber hinausgehende Mehrbegehren von monatlich EUR 130 ab (Punkt II) und sprach aus, dass über die allfällige Genehmigung des Scheidungsvergleiches gesondert entschieden werde (Punkt III).

Nach Darstellung des beiderseitigen Vorbringens stellte das Erstgericht die Unterhaltsbemessungsgrundlage mit EUR 1.930 fest und führte aus, dass sich daraus eine Unterhaltsverpflichtung des Vaters von EUR 386 errechne (20 % für Kinder von 10 bis 15 Jahren). Unter Berücksichtigung, dass der Mutter die Familienbeihilfe zufließe, sowie der vom Verfassungsgerichtshof geforderten teilweisen Anrechnung der Familienbeihilfe (auf den Unterhaltsanspruch) ergebe sich ein Unterhaltsbeitrag im Ausmaß von EUR 343. Bei der im Vergleich angestrebten Regelung ergäben sich restliche Unterhaltsbeiträge von EUR 193 vor, bzw EUR 184 nach Anrechnung der Familienbeihilfe. Wenn ein geldunterhaltspflichtiger Elternteil ein ausgedehntes Besuchsrecht zu seinem Kind habe, könnten die dem obsorgeberechtigten Elternteil entstandenen Ersparnisse in der Regel berücksichtigt werden. Im gegenständlichen Fall liege (noch) eine sog gemeinsame Obsorge vor. Zu den tatsächlichen Betreuungsleistungen am Antragstag (1. 2. 2003 - nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts) stehe fest, dass der Vater und die Mutter das Kind in zeitlicher Hinsicht fast je zur Hälfte betreuten; überwiegend halte es sich aber bei der Mutter auf. Angesichts des hauptsächlichen Aufenthaltes des Kindes bei der Mutter liege es hauptsächlich bei ihr, dessen Gesamtversorgung sicherzustellen. Eine Aufteilung des Geldunterhaltes je nach

der zeitlichen Betreuung erscheine daher nicht zweckmäßig. Bei einem monatlichen Geldunterhalt von EUR 250 würden die Betreuungs- und Naturalleistungen des Vaters berücksichtigt, und das Kind nehme angemessen an den überdurchschnittlichen Lebensverhältnissen seines Vaters teil.

Das Rekursgericht gab dem dagegen erhobenen Rekurs des Kindes teilweise Folge. Es änderte den angefochtenen Beschluss in seinen Punkten I. und II. dahin ab, dass es - einschließlich der mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsenen Teile - die monatlichen Unterhaltsbeiträge des Vaters mit EUR 280 festsetzte und das Mehrbegehren, auf Zahlung weiterer EUR 380 abwies. Das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KRÄG 2001) habe (zwar) die Möglichkeit geschaffen, dass auch über die Scheidung hinaus die Obsorge beider Eltern aufrecht bleibe. Eine konkrete Regelung dafür, wie sich die Obsorge beider Eltern auf die Unterhaltsansprüche des Kindes auswirke, sei aber nicht getroffen worden. Den Materialien (RV 269 BlgNR 21. GP 66) lasse sich entnehmen, dass sich der Gesetzgeber dieser Problematik bewusst gewesen sei, weil dazu folgendes ausgeführt werde:

"Die Vereinbarung des hauptsächlichen Aufenthalts bei einem Elternteil hat auch Auswirkungen auf die Frage, wer Geldunterhalt zu leisten hat. Der den Haushalt des hauptsächlichen Aufenthalts führende Elternteil wird weiterhin als derjenige anzusehen sein, der seine Unterhaltspflicht durch Betreuung des Kindes iSd § 140 Abs 2 ABGB erfüllt. Hält sich das Kind - vom Einvernehmen der Eltern im dargestellten Sinn getragen - häufiger als nach den bisher üblichen 'Besuchsrechtsregelungen' beim anderen Elternteil auf, werde man auf die für diese Fälle entwickelten Grundsätze (vgl insbesondere *Dittrich/Tades*, ABGB³⁵, E 205

bis 209 ABGB) zurückgreifen können. Zu beachten wird vor allem sein, dass durch die vorübergehende Betreuung des Kindes durch den Elternteil, in dessen Haushalt sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, beim anderen nur einzelne Teilbereiche des Unterhalts (zeitlich begrenzt) entfallen (etwa Verköstigung und Reinigung der Wäsche). Andere Aufwendungen, wie etwa die Bereithaltung von Wohnraum oder die Anschaffung an langlebiger Güter (etwa die Anschaffung eines Computers, aber auch von Bekleidung), bleiben davon in der Regel unberührt."

Davon ausgehend und unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Ausführungen von Ferrari und Hopf (in *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts) sowie des Umstandes, dass die Eltern hier - entgegen der Intention des Gesetzgebers - nicht das "Eingliederungsmodell", sondern ein "Wandelmodell" vor Augen hätten, bei dem der Minderjährige sich annähernd die gleiche Zeit beim Vater und bei der Mutter aufhalte, gelangte das Rekursgericht zu folgendem Ergebnis:

Wenn im Einzelfall in Anbetracht des Alters des Minderjährigen, des räumlichen Naheverhältnisses der Eltern - vor allem in erzieherischen Fragen - eine zeitliche Aufteilung durchgeführt und auch über einen längeren Zeitraum hinweg praktiziert werde, könne dies bei der Bemessung des Unterhalts nicht gänzlich außer Acht gelassen werden. Es sei dabei aber zu berücksichtigen, dass der Unterhalt nur einige Komponenten enthalte, die in einem engeren inneren Zusammenhang mit der Zeit stünden, in der sie geleistet werden (etwa die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ernährung, die beim jeweiligen Elternteil genossen werde). Andererseits gebe es aber auch mittel- bis langfristige Anschaffungen, die ebenfalls aus dem Geldunterhalt gedeckt werden müssten (etwa Bekleidung,

Sportgeräte, Lernbehelfe, Computer, etc). Auch die zwischen den Eltern ursprünglich getroffene Vereinbarung berücksichtige diesen Umstand dadurch, dass neben den in Natura sofort verbrauchten Mitteln (die jeweils von dem zur Verfügung gestellt werden, bei dem sich das Kind gerade aufhält) jeder Elternteil 10 % seines Einkommens in einen Unterhaltstopf einzahlen hätte sollen. Dieser Topf wäre nach der Vorstellung der Eltern jedenfalls gemeinsam zu verwalten gewesen, sodass die Eltern darin mit den Vorstellungen des Gesetzgebers von einer "gemeinsam" ausgeübten Obsorge übereinstimmten.

Bei Beurteilung der Praktikabilität der von den Eltern angestrebten Vorgangsweise könne nicht davon ausgegangen werden, dass diese, da sie getrennt leben, in Hinkunft tatsächlich jede Anschaffung gemeinsam tätigten oder sich in jedem Einzelfall einer größeren Anschaffung ins Einvernehmen setzten. Wenn es aber jedem Elternteil für sich möglich sei, Anschaffungen zu tätigen, könne es dazu kommen, dass der gemeinsame "Unterhaltstopf" relativ rasch ausgeschöpft sei und Anschaffungen - in Unkenntnis, was der andere bereits gekauft habe - doppelt getätigt würden. Jener Elternteil, der den Haushalt führe, in dem das Kind überwiegend lebe oder zumindest nach der Vereinbarung leben solle ("Domizilarelternteil"), sollte daher sinnvoller Weise in die Lage versetzt sein, über die erforderlichen Mittel allein zu verfügen, weil dieser Elternteil den besseren Überblick darüber habe, was benötigt werde, auch den damit verbundenen zeitlichen Aufwand der Auswahl und des Einkaufs zu tragen habe, und damit mehr an Betreuung leiste, als der andere Elternteil. Zu einer Minderung des Geldunterhaltsanspruchs könnten daher nur jene Teile des Unterhaltsanspruchs führen, die in einem engen

Zusammenhang mit der Zeit stünden, in der das Kind außerhalb des Haushalts des Domizilarelternteils betreut werde.

Zur Höhe dieses Anteils am Gesamtunterhalt verwies das Rekursgericht auf die in der Konsumerhebung 1999/2000 angeführten Prozentwerte der jeweiligen Anteile an den Haushaltsausgaben von S 33.500 sowie darauf, dass der Bereich Wohnung, Beheizung, Beleuchtung sowie Wohnungsausstattung nicht berücksichtigt werden könne, weil im Ergebnis beide Eltern entsprechenden (zusätzlichen) Aufwand für Wohnraumbeschaffung hätten, und dieser im Ergebnis daher sogar doppelt anfalle, weil sich der eine Elternteil durch die Aufwendungen des anderen nichts erspare. Insgesamt könne davon ausgegangen werden, dass etwa ein Drittel des Unterhaltsbedarfs auf solche Aufwendungen entfalle, die zum sofortigen Verbrauch bestimmt seien und damit im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Betreuung stünden. Zwei Drittel des Geldunterhaltsbedarfs könnten daher von der Teilung der Obsorge überhaupt nicht berührt werden. Außerdem sei zu beachten, dass nach ständiger Rechtsprechung ein Besuchsrecht im üblichen Ausmaß ohne Einfluss auf den Unterhalt bleibe, während ein die übliche Dauer überschreitendes Besuchsrecht zu einer Reduzierung der Unterhaltspflicht führen könne. Unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Kritik *Gitschthalers*, dass diese Lösung nur zu einer Berücksichtigung von Bagatellbeträgen führe, gelangte das Rekursgericht zu folgendem Ergebnis:

Berücksichtige man, dass der Geldunterhalt in zeitabhängige und zeitunabhängige Leistungen zu teilen sei und dass Aufwendungen im Rahmen eines üblichen Besuchsrechts nichts an der Unterhaltsverpflichtung änderten,

stelle sich die Frage, was als übliches Besuchsrecht unterstellt werden müsse. Wenn man von Ferienbesuchsrechtsregelungen absehe, müsse von einer "üblichen" Besuchsrechtsregelung von einem Wochenende alle 14 Tage ausgegangen werden, also zwei Tage in zwei Wochen oder einen Tag pro Woche. Damit stünden pro Woche noch sechs Tage zur Verfügung, um die die Betreuungsleistungen des Nicht-Domizilarelternteils das "übliche" Besuchsrecht theoretisch übersteigen könnten. Um aber noch von einem hauptsächlichen Aufenthalt sprechen zu können, müsse vorausgesetzt werden, dass zumindest mehr als die Hälfte der Woche, also vier Tage, die Betreuung im Haushalt des Domizilarelternteils erfolge. Dies sei hier auch im Wesentlichen der Fall. Teile man jenes Drittel an Geldunterhaltsbedarf, das mit dem zeitlichen Aufenthalt des Kindes im Haushalt in engem Zusammenhang stehe, auf sechs Tage auf, so entfalle auf jeden Tag $1/6$ tel, somit ein $1/18$ tel oder etwa 5 % des Gesamtunterhalts. Bei einer Betreuung im Haushalt des Nicht-Domizilarelternteils an drei Tagen in der Woche, also um zwei Tage mehr als bei einem üblichen Besuchsrecht, würde dies für sich allein genommen eine Reduktion um 10 % rechtfertigen.

Damit sei aber nur jener rein finanzielle Aufwand berücksichtigt, der anstatt vom Domizilarelternteil vom andern Elternteil geleistet werde. § 140 Abs 1 Satz 1 ABGB räume jedoch auch der Betreuungsleistung einen wesentlichen Stellenwert ein, und stelle sie gleichartig der Geldunterhaltsverpflichtung gegenüber. Für jenen Zeitraum, den sich das Kind über ein normales Besuchsrecht hinaus im Haushalt des nicht-Domizilarelternteils aufhalte, müsste daher an sich der Domizilarelternteil Geldunterhalt erbringen, weil in diesem Ausmaß der Nicht-Domizilarelternteil den Unterhaltsbeitrag durch Betreuung erbringe. Dazu wäre es an

und für sich notwendig, den Geldunterhalt zu ermitteln, den der Domizilarelternteil leisten müsste. Dies würde aber zu einer wesentlichen Verkomplizierung des Verfahrens führen, weil dann auch auf der anderen Seite die Einkommensverhältnisse etc erhoben werden müssten. In einer vereinfachenden Betrachtung und zur Vermeidung unnötiger Gegenverrechnungen erscheine es daher sinnvoller, die Betreuungsleistungen dadurch zu berücksichtigen, dass sich der Geldunterhaltsanspruch pro Tag, an dem sich das Kind über das normale Besuchsrechtsausmaß hinaus beim Nicht-Domizilarelternteil befinde, nicht um 5 %, sondern um 10 % vermindere. Konkret bedeute dies bei einer Betreuung an drei Tagen unter der Woche (unter Berücksichtigung eines "Besuchstages", der als unterhaltsneutral angesehen werde) somit eine Reduktion um etwa 20 %. Diese vereinfachende und schematisierte Ermittlung erscheine geboten, um im Interesse des Minderjährigen das Unterhaltsbemessungsverfahren nicht unnötig kompliziert zu gestalten.

Ausgehend vom festgestellten Monatsdurchschnittseinkommen des Unterhaltspflichtigen von EUR 1.930 ergebe sich rein rechnerisch ein Unterhaltsanspruch von EUR 386. Mindere man diesen um 20 %, so ergebe sich ein Geldunterhaltsanspruch von EUR 308,80 sowie eine jährliche steuerliche Entlastung von EUR 305,42 (monatlich EUR 25,45) und damit ein nach Anrechnung der steuerlichen Entlastung gerechtfertigter Unterhaltsbeitrag von EUR 280.

Zum nachteiligen Effekt, den Gitschthaler ins Treffen führe, sei auf das Einvernehmlichkeitsprinzip zu verweisen. Dem gemeinsam mit dem Domizilarelternteil obsorgeberechtigten Geldunterhaltspflichtigen stehe es

grundsätzlich frei, in Absprache mit dem Domizilarelternteil Aufwendungen zu tätigen, die auf den Geldunterhalt einvernehmlich angerechnet werden könnten. Es sei daher nichts dagegen einzuwenden, wenn in Übereinstimmung mit dem Domizilarelternteil der Geldunterhaltspflichtige längerfristig wirksame Anschaffungen, wie Bekleidung, Sportartikel, Computer etc unter Anrechnung auf den Geldunterhalt tätige. Dies könne aber immer nur im Einvernehmen zwischen den beiden obsorgeberechtigten Eltern der Fall sein. Es stehe dem Geldunterhaltspflichtigen nicht frei, dem Domizilarelternteil Anschaffungen "aufzuzwingen" und nach eigenem Gutdünken die Geldunterhaltsleistungen zu reduzieren (§ 144 Satz 2 ABGB). Eine derartige Vorgangsweise setzte daher - genauso wie die von den Eltern angestrebte Lösung des Einzahlens in einem gemeinsamen Topf - ein gewisses Maß an Gesprächsbereitschaft und -fähigkeit voraus, sonst müsse es eben dabei bleiben, dass der Geldunterhaltspflichtige zwar den finanziellen Aufwand trage, die Auswahl und Beschaffung längerfristiger Anschaffungen aber im Wesentlichen dem Domizilarelternteil vorbehalten bleibe.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Revisionsrekurs zulässig sei, weil zur Frage, wie sich die Obsorge beider Eltern und die faktische zeitliche Aufteilung der Betreuung auf den Unterhaltsanspruch konkret auswirken solle, bisher keine oberstgerichtliche Rsp vorliege; es handle sich dabei um grundsätzliche, über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfragen.

Mit dem vorliegenden ordentlichen Revisionsrekurs beantragt der JWT als Vertreter des Kindes (wie bereits im Rekurs gegen den Beschluss des Erstgerichtes) die Abänderung dahin, dass der zu leistende

Unterhaltsbeitrag des Vaters ab 1. 2. 2003 mit monatlich EUR 300 festgesetzt werde.

Der Vater hat eine Äußerung erstattet, in der er zum Rechtsmittel des JWT jedoch nicht Stellung nimmt.

Der Revisionsrekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Der Revisionsrekurswerber wendet sich gegen die Beurteilung, dass die rein rechnerische Unterhaltskürzung von "5 % pro Tag" (an Betreuung, die über das übliche Besuchsrecht von einem Tag pro Woche hinausgehe) deshalb nicht ausreiche, weil damit nur der rein finanzielle Aufwand, der vom Nicht-Domizilarelternteil geleistet werde, berücksichtigt sei, während § 140 Abs 2 Satz 1 ABGB auch der Betreuungsleistung wesentlichen Stellenwert einräume und gleichrangig der Geldunterhaltsverpflichtung gegenüberstelle, sodass "für jenen Zeitraum, den sich das Kind über ein normales Besuchsrecht hinaus im Haushalt des Nicht-Domizilarelternteiles aufhält, an sich der Domizilarelternteil Geldunterhalt erbringen müsste, weil in diesem Ausmaß der Nicht-Domizilarelternteil den Unterhalt durch Betreuung erbringt". Der Rechtsmittelwerber vertritt den Standpunkt, diese Auffassung des Rekursgerichtes stehe im Gegensatz zur Rsp des Obersten Gerichtshofes, weil derartige Regelungen auch bei Besuchsrechten von mehr als zwei Wochenenden pro Monat gelten und bewirken müssten, dass bereits die gemeinsame Obsorge ansich zu einer Geldunterhaltskürzung führe. Nach Ansicht des Rekurswerbers seien Unterhaltskürzungen aber weiterhin - unabhängig von der Obsorgeregelung - nur im Ausmaß der tatsächlichen Ersparnis des hauptsächlich betreuenden

Elternteiles möglich und gerechtfertigt. Noch problematischer erscheine die zwecks Vereinfachung pauschal vorgenommene Unterhaltskürzung um weitere 5 %, die im Gegensatz zu § 140 Abs 2 Satz 2 ABGB stehe und insofern gesetzwidrig sei. Auch wenn man den Argumenten des Rekursgerichtes beitrete, wäre nämlich das Leistungsvermögen beider Elternteile zu erheben, weil auch danach eine weitere Unterhaltskürzung jedenfalls dann nicht möglich wäre, wenn es am entsprechenden Leistungsvermögen des hauptsächlich betreuenden Elternteiles mangle.

Zu derartigen Erhebungen besteht jedoch aus folgenden Überlegungen keine Veranlassung:

§ 177 Abs 1 Satz 2 ABGB idF KindRÄG 2001 sieht vor, dass die Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes, deren Ehe - wie hier - geschieden wird, dem Gericht (nunmehr auch) eine Vereinbarung über die Betrauung **beider** Elternteile mit der Obsorge vorlegen können. In jedem Fall einer derartigen Obsorge müssen sie dem Gericht jedoch eine Vereinbarung darüber vorlegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll (Abs 2 Satz 1 leg cit). Die Bestimmungen der §§ 140 ff ABGB (Unterhalt) sind durch das KindRÄG 2001 hingegen nicht geändert worden (*Stabentheiner in Rummel³ ErgBd §§ 140 - 143 ABGB*); daher leistet weiterhin der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind betreut wird, damit seinen Unterhaltsbeitrag, während der andere Elternteil geldunterhaltspflichtig ist.

In der hier von den Eltern getroffenen Vereinbarung nach § 177 Abs 2 ABGB wurde festgelegt, dass sich das Kind hauptsächlich bei der Mutter aufhalten werde. Dies ist angesichts der unstrittigen Aufteilung der Betreuungszeit (4 Tage bei der Mutter bzw 3 Tage beim Vater) auch tatsächlich der Fall. Dazu hat der Oberste

Gerichtshof aber erst jüngst ausgesprochen (E vom 15. 1. 2004, 2 Ob 293/03g), dass (auch) der Elternteil, bei dem sich das Kind gemäß § 177 Abs 2 ABGB hauptsächlich aufhält, nach § 140 Abs 2 Satz 1 ABGB grundsätzlich seinen Unterhaltsbeitrag durch Betreuung des Kindes in seinem Haushalt leistet. In den EB zur RV zum KindRÄG 2001 werde nämlich ausgeführt, dass "der den Haushalt des hauptsächlich Aufenthaltes führende Elternteil weiterhin als derjenige anzusehen sein wird, der seine Unterhaltspflicht durch Betreuung des Kindes im Sinne des § 140 Abs 2 ABGB erfüllt" (296 BlgNR 21. GP 66 s auch *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts- Änderungsgesetzes 2001 ÖJZ 2001, 485 [489, 491]; *Hopf*, Die Rechtsstellung des Elternteils, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 77; *Ferrari*, Die Obsorge bei Trennung und Scheidung der Eltern nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts, 60; sämtliche bereits zitiert in 2 Ob 293/03g).

Nach den - auch vom Rekursgericht zutreffend wiedergegebenen - Materialien zum KindRÄG 2001 wirkt sich die Vereinbarung des "hauptsächlich Aufenthaltes" (iSd § 177 Abs 2 ABGB) also in folgender Weise auf die Frage aus, "wer Geldunterhalt zu leisten hat": Der den Haushalt des hauptsächlich Aufenthaltes führende Elternteil werde weiterhin als derjenige anzusehen sein, der seine Unterhaltspflicht durch Betreuung des Kindes iSd § 140 Abs 2 ABGB erfüllt. Hält sich das Kind - vom Einvernehmen der Eltern im dargestellten Sinn getragen - häufiger als nach den bisher üblichen "Besuchsrechtsregelungen" beim anderen Elternteil auf, werde man auf die für diese Fälle entwickelten Grundsätze ... zurückgreifen können (RV 296 BlgNR 21. GP

66; so auch *Hopf/Weitzenböck* aaO 491; *Hopf* aaO 77 f; *Ferrari* aaO 60 f). Daraus ergibt sich auch für den vorliegenden Fall, dass die Mutter ihren Unterhaltsbeitrag durch Betreuung des Kindes leistet, der Vater hingegen - soweit er ihn nicht in einer der Mutter gleichwertigen Weise erbringt - den Unterhalt in Geld zu leisten hat (vgl 2 Ob 293/03g).

Das Kind hat gegenüber beiden Elternteilen Anspruch auf Befriedigung des gesamten Lebensaufwandes. Neben den nicht in Geld zu beziffernden reinen Betreuungsleistungen (Nahrungszubereitung, Wäschereinigung ua) ist der Sachaufwand für Nahrung, Kleidung, Schulartikel, Freizeitaktivitäten, Heizung ua zu bestreiten. Wenn sich ein Kind im Rahmen der Besuchsrechtsausübung im Haushalt des geldunterhaltspflichtigen Elternteils aufhält, erbringt dieser Betreuungsleistungen und trägt in dieser Zeit auch gewisse Sachaufwendungen. Ob und in welchem Umfang dies zu einer Reduzierung der Geldunterhaltspflicht führen kann, hängt von der zeitlichen Dauer der "außerhäuslichen" Betreuung ab. Aus der allein maßgeblichen Sicht des unterhaltsberechtigten Kindes kann nach stRsp eine Reduzierung seines Geldunterhaltsanspruchs nur dann in Frage kommen, wenn es durch die ungeschmälerte Aufrechterhaltung des Geldunterhalts zu Doppelleistungen, also zu einer nicht angemessenen Erhöhung des Unterhaltsbeitrages käme (6 Ob 182/02m, *ecolex* 2003/165, 407 = *JB1* 2003, 510 = *ÖA* 2003, 183 = *EFSlg* 99.279).

Nach ständiger Rechtsprechung zur Rechtslage vor dem KindRÄG 2001 kann daher nur ein die übliche Dauer überschreitendes Besuchsrecht zu einer Reduzierung der Unterhaltsverpflichtung führen, wobei aber nicht von den

Aufwendungen des Unterhaltspflichtigen, sondern ausschließlich von den ersparten Aufwendungen des Sorgeberechtigten auszugehen ist (RIS-Justiz RS0047452; zuletzt: 2 Ob 293/03g). An dieser Rechtsprechung wurde zwar zum Teil in der Literatur Kritik geübt und ausgeführt, mit der gesetzlichen Einführung der gemeinsamen Obsorge müsse man sich von dem besuchsrechtlichen Ansatz lösen (*Gitschthaler*, Unterhaltsrecht Rz 46; *Deixler-Hübner*, Zur Anrechnung von Geld- und Naturalunterhalt, *ecolex* 2001, 110 [113]). Dieser Kritik der Lehre ist der Oberste Gerichtshof aber - wie auch zuletzt bekräftigt wurde (2 Ob 293/03g) - schon in der Entscheidung 6 Ob 182/02m entgegengetreten und hat auf die Gesetzesmaterialien hingewiesen, die einen Verweis auf die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, also insbesondere auch darauf, dass bei der Reduzierung des Geldunterhaltes nur das zu berücksichtigen sei, was sich der andere Elternteil erspare (RV 296 BlgNR 21. GP 66), enthielten.

Auch bei der durch das KindRÄG 2001 eingeführten gemeinsamen Obsorge ist somit nicht von den Aufwendungen des (Geld-)Unterhaltspflichtigen, sondern von den Ersparnissen des anderen Elternteils auszugehen (RIS-Justiz RS0047452 [T9] = 2 Ob 293/03g; *Hopf*, Die Rechtsstellung des Elternteiles, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, nach dem KindRÄG 2001, in *Hopf/Ferrari*, Reform des Kindschaftsrechtes, 78); führt doch ein zeitweiliger Aufenthalt des Kindes beim geldunterhaltspflichtigen Elternteil grundsätzlich nicht zu einer Reduzierung der außerhalb der Betreuung liegenden weiteren Bedürfnisse (6 Ob 182/02m).

Soweit die angefochtene Entscheidung von dieser Rsp abweicht, wendet sich der Revisionsrekurs daher zu

Recht gegen die Beurteilung des Rekursgerichtes. Für den Standpunkt des Unterhaltsberechtigten ist daraus jedoch nichts zu gewinnen, weil die im vorliegenden Fall bekämpfte Reduktion des Unterhaltsanspruches im Ergebnis jedenfalls nicht zu beanstanden ist:

Auch mit der im Zulassungsausspruch erörterten Frage, wie sich die Obsorge beider Eltern und die faktische zeitliche Aufteilung der Betreuung auf den Unterhaltsanspruch konkret auswirkt, hatte der Oberste Gerichtshof im Rahmen einer nahezu identen Aufteilung der Betreuung (das zum Zeitpunkt der Haushaltstrennung der Eltern 16-jährige Kind befand sich dort jeweils von Montag bis Donnerstag bei der Mutter und von Freitag bis Sonntag beim Vater, wurde also zu 4/7 von seiner Mutter und zu 3/7 von seinem Vater betreut) nämlich schon zu befassen, wobei dazu in der E vom 18. 12. 2002, 3 Ob 222/02x (EFSlg 99.280), Folgendes ausgesprochen wurde:

"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 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 4/7 des bei alleiniger Betreuung durch die Mutter zustehenden Geldunterhalts." (Hervorhebung durch den erkennenden Senat).

Wenngleich der erkennende Senat der Rechtsansicht, wonach die oa "Ersparnisse des anderen Elternteils" bei einer derartigen (mit dem vorliegenden Fall identen) Aufteilung der Betreuung (erst) mit einer Reduzierung des Geldunterhalts um 3/7 (mehr als 40 %) vollständig berücksichtigt wären, nicht beitreten kann, ist die hier bekämpfte Reduktion des Unterhaltsanspruches um 20 % (auf 4/5 des bei alleiniger Betreuung durch die Mutter zustehenden Geldunterhalts) angesichts dieser Entscheidung jedenfalls nicht zu beanstanden; auf die übrigen in der Rekursentscheidung und im Rechtsmittel angestellten Überlegungen ist daher nicht weiter einzugehen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 31. März 2004
Dr. S c h a l i c h
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: