

# TE OGH 2009/7/16 20b224/08t

JUSLINE Entscheidung

Ⓞ Veröffentlicht am 16.07.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Pflugschaftssache des minderjährigen Paul F\*\*\*\*\*, geboren am 14. Juni 1992, \*\*\*\*\*, über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Vaters Andreas F\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Leopold Zechner, Rechtsanwalt in Bruck an der Mur, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Rekursgericht vom 28. April 2008, GZ 2 R 93/08y-U84, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Graz-West vom 30. Jänner 2008, GZ 14 P 55/07k-U74, teils bestätigt und teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss, der hinsichtlich seines antragsabweisenden Teils als unangefochten unberührt bleibt, wird hinsichtlich des Zuspruchs eines monatlichen Schulgelds von 150 EUR ab 1. 9. 2007 bestätigt.

Im Übrigen, also hinsichtlich der weiteren Aussprüche über den an den Minderjährigen zu leistenden Unterhalt und die darauf anzurechnenden Beträge, werden die Beschlüsse der Vorinstanzen aufgehoben. Insoweit wird die Sache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

## Text

Begründung:

Georg (geboren am 2. 5. 1990) und Paul (geboren am 14. 6. 1992) F\*\*\*\*\* entstammen der Ehe des Andreas F\*\*\*\*\* und der Ulrike W\*\*\*\*\*, die mit Urteil des Bezirksgerichts Graz vom 16. 11. 2005 aus dem Alleinverschulden des Vaters rechtskräftig geschieden wurde. Die Familie lebte bis zum Auszug des Vaters im April 2005 in einer 149 m<sup>2</sup> großen Wohnung, die sich in einem im Alleineigentum des Vaters stehenden Mehrparteienhaus in Graz befindet. Während die Mutter und Paul in der früheren Ehwohnung wohnhaft blieben, zog Georg am 1. 12. 2005 zu seinem Vater nach St. Radegund. Mit der alleinigen Obsorge für Paul ist die Mutter, mit jener für Georg war ab 20. 9. 2006 der Vater betraut. Paul besucht seit September 2007 die Fachschule für Holzwirtschaft und Sägetechnik des Holztechnikums Kuchl. Er wohnt seither in dem dieser Ausbildungsstätte angeschlossenen Internat und kommt nur an den Wochenenden nach Hause.

Das durchschnittliche monatliche Gesamtnettoeinkommen des Vaters belief sich im Jahr 2005 auf 2.397 EUR und im Jahr 2006 auf 2.429 EUR. Für die frühere Ehwohnung zahlt er weiterhin die jährlichen Betriebskosten von 2.956,43 EUR. Die jährlichen Stromkosten von 852 EUR zahlte er nur bis 31. 10. 2006. Weiters leistet er jährliche

Kreditrückzahlungen in Höhe von 3.704,40 EUR. Das ergibt einen jährlichen Aufwand von insgesamt 7.512,83 EUR bzw monatlich 626,07 EUR bis 31. 10. 2006 und von insgesamt 6.660,83 EUR bzw monatlich 555,07 EUR ab 1. 11. 2006.

Die Mutter arbeitete in der Zeit vom 1. 4. 2005 bis 31. 10. 2006 als zahnärztliche Assistentin und Ordinationshilfe, wodurch sie ein monatliches Nettoeinkommen von insgesamt 1.273,21 EUR erzielte. Seit 3. 11. 2006 bezieht sie ein monatliches Arbeitslosengeld von 681 EUR. Die durch ihre Mutter vertretenen Söhne beantragten die Verpflichtung des Vaters zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen für Georg von 566 EUR vom 1. 4. bis 30. 11. 2005 und für Paul von 510 EUR ab 1. 4. 2005. Paul begehrte überdies den Ersatz von Zahnregulierungskosten (954 EUR) und die Hälfte der Schul- und Internatskosten (monatlich 224 EUR) als Sonderbedarf. Die Söhne brachten vor, der Vater lukriere Einkünfte aus selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit sowie aus der teilweisen Vermietung seines Hauses. Insgesamt sei von einem Gesamtnettoeinkommen von 3.200 EUR auszugehen. Nach Abzug der Hälfte der vom Vater für das Haus zu leistenden monatlichen Kreditraten ergebe sich eine Unterhaltsbemessungsgrundlage von 2.830

EUR.

Der Vater sprach sich gegen die beantragte Unterhaltsfestsetzung aus. Das Erstgericht gab den Unterhaltsanträgen statt, hinsichtlich des von Paul geltend gemachten Sonderbedarfs aber nur im Umfang eines monatlichen Beitrags zum Schulgeld von 150 EUR ab 1. 9. 2007. Das Sonderbedarfsmehrbegehren wies es ab. Im Spruch der Entscheidung nahm es im folgenden Ausmaß die Anrechnung monatlich geleisteter Unterhaltsbeiträge des Vaters vor:

Georg: 156,51 EUR vom 1. 4. bis 30. 11. 2005 an Naturalunterhalt (Betriebskosten, Stromkosten und Darlehensrückzahlungen); 250 EUR vom 1. 8. 2005 bis 31. 1. 2006 an Geldunterhalt.

Paul: 156,51 EUR vom 1. 4. bis 30. 11. 2005 208,69 EUR vom 1. 12. 2005 bis 31. 10. 2006 und 185,02 EUR vom 1. 11. 2006 bis 31. 12. 2007 an Naturalunterhalt (Betriebskosten, Stromkosten bis 31. 10. 2006 und Darlehensrückzahlungen); 250 EUR vom 1. 8. 2005 bis 30. 6. 2007 und 131 EUR vom 1. 7. bis 31. 12. 2007 an Geldunterhalt. Das Erstgericht ermittelte die Unterhaltsbemessungsgrundlage an Hand des Gutachtens eines Buchsachverständigen, den es mit der Feststellung des „wirtschaftlichen Reineinkommens“ des Vaters für die Jahre 2004 bis 2006 beauftragt hatte und das es - anstelle eigener Tatsachenfeststellungen - auszugsweise wiedergab. Aus diesem Gutachten geht hervor, dass der Vater im besagten Zeitraum aus selbständiger Erwerbstätigkeit gar kein Einkommen erzielte (AS 99), aus der Vermietung einer Garconniere nur geringe Einkünfte (monatlich 290 EUR abzüglich der Werbungskosten) hatte (AS 101 f) und im Übrigen unselbständiges Erwerbseinkommen bezog. Das Erstgericht legte der Unterhaltsbemessung aber nicht die ermittelten Gesamtnettoeinkünfte des Vaters zugrunde, sondern ging (analog zu den Privatentnahmen eines selbständig Erwerbstätigen) von dessen „privaten Geldverbrauch“ ab dem Zeitraum 1. 4. 2005 aus. Diesen hatte der Sachverständige für das Jahr 2005 mit 3.319 EUR und für das Jahr 2006 mit 3.473 EUR ermittelt. Dabei wirkten sich vor allem die Überziehung des Girokontos (2005) und ein Privatkredit (2006) als die Bemessungsgrundlage erhöhend aus (AS 105 ff). Für das Jahr 2007 nahm das Erstgericht einen Durchschnittswert aus den beiden Vorjahren, somit 3.395,50 EUR als Unterhaltsbemessungsgrundlage an. Dieser Geldverbrauch umfasst auch alle Leistungen des Vaters, die das Erstgericht als Geld- und Naturalunterhalt anrechnete. Ausgehend von der erwähnten Bemessungsgrundlage ermittelte das Erstgericht anhand der Prozentwertmethode (20 % für Georg, 18 % für Paul; je unter Abzug von 2 % für die konkurrierende Sorgspflicht) die monatlichen Unterhaltsansprüche der beiden Söhne, die es noch durch teilweise Anrechnung der Transferleistungen kürzte. Danach ergaben sich für Georg monatlich 592 EUR vom 1. 4. bis 30. 11. 2005 und für Paul monatlich 533 EUR vom 1. 4. bis 31. 12. 2005, 555 EUR vom 1. 1. bis 31. 12. 2006 und 544 EUR ab 1. 1. 2007. Da die ermittelten Beträge das jeweilige Begehren überstiegen, wurde letzteres in vollem Umfang zuerkannt. Auf die zugesprochenen Beträge wurden allerdings die erwähnten Geld- und Naturalunterhaltsleistungen des Vaters angerechnet und zwar die Betriebskosten, Stromkosten und Kreditraten nach Kopfteilen unter Einbeziehung seiner Person. Die umfangreichen Ausführungen des Erstgerichts zum begehrten Sonderbedarf können hier vernachlässigt werden.

Das von sämtlichen Parteien angerufene Rekursgericht hob die erstinstanzliche Entscheidung hinsichtlich des (damals noch minderjährigen, mittlerweile volljährigen) Sohnes Georg wegen eines Vertretungsmangels auf (der Vater war obsorgeberechtigt; in der Zwischenzeit hat Georg den Unterhaltsantrag zurückgezogen [ON U86]). Hinsichtlich des Sohnes Paul gab es nur dem Rekurs des Minderjährigen insoweit Folge, als es die Anrechenbarkeit der Kreditraten verneinte und dies im Spruch durch Verminderung der anzurechnenden Naturalunterhaltsbeträge auf 79,34 EUR vom 1. 4. bis 30. 11. 2005, 105,79 EUR vom 1. 12. 2005 bis 31. 10. 2006 und 82,12 EUR vom 1. 11. 2006 bis 31. 12. 2007 zum

Ausdruck brachte. Im Übrigen bestätigte es den erstinstanzlichen Beschluss. Es sprach ferner aus, dass in Ansehung des bestätigenden und abändernden Teils seiner Entscheidung der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Soweit in dritter Instanz noch von Bedeutung, führte das Rekursgericht aus:

Zum Rekurs des Vaters:

Gegen die Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nach dem Geldverbrauch des Vaters bestünden keine Bedenken, insbesondere wenn Mischeinkünfte aus selbständiger und unselbständiger Tätigkeit vorlägen oder zusätzliche, buchhalterisch nicht erfasste Einkommensbestandteile nicht ausgeschlossen werden könnten. Die Einbeziehung des Unterhaltspflichtigen, der die Wohnung verlassen habe, in die Aufteilung der Wohnungskosten nach Köpfen entspreche der Judikatur und sei jedenfalls solange gerechtfertigt, als eine Vermögensauseinandersetzung der geschiedenen Ehegatten noch nicht erfolgt sei. Als Vorfrage müsse geprüft werden, ob für die Mutter ein (nicht titulierter) Unterhaltsanspruch gegenüber dem Vater bestehe. Ausgehend von den Feststellungen über die Einkünfte der Mutter und deren in einem noch anhängigen Rechtsstreit gestellten Unterhaltsbegehren führe eine überschlagsmäßige Kontrollrechnung unter Anwendung der „40 %-Regel“ zu dem Ergebnis, dass die Mutter Unterhaltsansprüche von monatlich ca 220 EUR (bis 31. 10. 2006) bzw 620 EUR (ab 1. 11. 2006) habe. Dies würde zum Abzug weiterer ein bzw zwei Prozentpunkte vom Unterhaltsanspruch des Minderjährigen führen. Unter Bedachtnahme auf die Reduzierung der steuerlichen Entlastung des Unterhaltsschuldners ab 1. 12. 2005 ergäben sich rechnerisch Unterhaltsbeträge von 506 EUR von April bis November 2005, 535 EUR im Dezember 2005, 556 EUR von Jänner bis September 2006, 527 EUR von Oktober bis Dezember 2006 und 516 EUR ab Jänner 2007. Der dem minderjährigen Paul zuerkannte Unterhalt von 510 EUR entspreche somit auch unter Berücksichtigung der weiteren Sorgspflicht des Vaters für seine geschiedene Ehefrau den gesetzlichen Bemessungskriterien. Die Kosten einer Internatsunterbringung stellten dann einen prinzipiell vom Unterhaltspflichtigen zu deckenden Sonderbedarf dar, wenn diese aus Gründen der Berufsausbildung erfolge, eine gleichwertige Berufsausbildung am Ort der Betreuung nicht möglich sei und eine tägliche Zureise vom Wohnort zum Ort der Ausbildung nicht in Betracht komme oder nicht zumutbar sei. Diese Voraussetzungen seien nach den unbekämpften Feststellungen des Erstgerichts im Fall des Minderjährigen gegeben. Ob allenfalls zusätzliche, etwa aus der konflikthafter Beziehung der Eltern herrührende Gründe für diese Schulform sprächen, sei ohne Relevanz.

Zum Rekurs des Minderjährigen:

Bei der Anrechnung von Naturalunterhalt sei nach der jüngeren Rechtsprechung zwischen Wohnungsbenützungskosten und Wohnungsbeschaffungs- bzw -erhaltungskosten zu unterscheiden. Letztere, zu denen auch die Kreditrückzahlungen des Vaters gehörten, beträfen ausschließlich das familienrechtliche Verhältnis und seien auf den Kindesunterhalt jedenfalls so lange nicht anrechenbar, als die naheheliche Vermögensauseinandersetzung noch ausstehe. Zwar habe der Oberste Gerichtshof diese Unterscheidung zuletzt im Zusammenhang mit Ehegatten- oder Geschiedenenunterhalt in Frage gestellt und teilweise abgelehnt. Ob dies auch für den Kindesunterhalt in der Zeit vor der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens gelten solle, sei zuletzt offen geblieben; es handle sich immer um Bemessungsfragen im Einzelfall. Das Rekursgericht sehe daher keinen Anlass, von der herkömmlichen Differenzierung abzugehen, zumal das hier für die Verbesserung des Hauses aufgewendete Darlehen zweifellos vermögensbildende Funktion gehabt habe und im anhängigen Aufteilungsverfahren zu berücksichtigen sein werde. Die Darlehenstilgungen, nicht aber auch die Betriebskosten- und die Stromkostenzahlungen des Vaters seien daher aus dem Leistungsbefehl des angefochtenen Beschlusses auszuscheiden.

Gegen diese Rekursentscheidung richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs des Vaters, der erkennbar die Abweisung des gesamten Unterhaltsbegehrens anstrebt.

Der Minderjährige beantragt in der ihm freigestellten Revisionsrekursbeantwortung, dem Rechtsmittel des Vaters nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

I. Zur (grundsätzlichen) Zulässigkeit des außerordentlichen Revisionsrekurses:

Unterhaltsansprüche sind gemäß § 58 Abs 1 JN mit der dreifachen Jahresleistung zu bewerten (RIS-JustizRS0103147, RS0042366). Eines Bewertungsausspruchs des Rekursgerichts nach § 59 Abs 2 AußStrG bedarf es nicht, weil der

Entscheidungsgegenstand rein vermögensrechtlicher Natur ist und ausschließlich in einem Geldbetrag besteht (10 Ob 82/07t).

Hinsichtlich des Sohnes Paul bildeten den Entscheidungsgegenstand im zweitinstanzlichen Verfahren das Begehren auf laufenden Unterhalt von monatlich 510 EUR ( $\times 36 = 18.360$  EUR) sowie die geltend gemachten Ansprüche aus dem Sonderbedarf (Einmalzahlung von 954 EUR sowie monatlich 224 EUR). Werden Sonderbedarfszahlungen in Form eines wiederkehrenden Monatsbetrags begehrt, ergibt sich der Wert des Entscheidungsgegenstands insoweit ebenfalls aus § 58 Abs 1 JN (9 Ob 95/06w). Auch beim Schul- und Internatsgeld ist bei der Ermittlung des Entscheidungsgegenstands demnach (zumindest) vom Dreifachen der Jahresleistung ( $224 \text{ EUR} \times 36 = 8.064$  EUR) auszugehen. Diese beiden laufenden Unterhaltsansprüche sind nach der gemäß § 59 Abs 3 AußStrG auch im Außerstreitverfahren anzuwendenden Bestimmung des § 55 Abs 1 Z 1 JN zusammenzurechnen, weil der Unterhaltsanspruch als einheitlicher Anspruch anzusehen ist (4 Ob 53/06g; RIS-Justiz RS0118275). Der gemeinsame Rechtsgrund liegt in der in § 140 ABGB begründeten Unterhaltspflicht des Vaters, die gemeinsame Tatsachengrundlage in den Behauptungen zu dessen Leistungsfähigkeit und zum Bedarf des Kindes (vgl 4 Ob 53/06g). Ein „Aufsplitten“ des Unterhaltsbeitrags in Leistungen zur Befriedigung des „sonstigen“ Unterhaltsbedarfs und des (zweckgebundenen) Sonderbedarfs wurde zuletzt überdies in der Entscheidung 1 Ob 150/08b abgelehnt (vgl auch RIS-Justiz RS0109907).

Daraus folgt, dass die Zulässigkeit des außerordentlichen Revisionsrekurses vom Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 62 Abs 1 AußStrG abhängig ist. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, weil die Vorinstanzen von Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abgewichen sind.

II. Zur Sache:

Der Revisionsrekurs ist teilweise berechtigt.

Der Vater macht geltend, das Rekursgericht sei von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abgewichen, wonach bei unselbständig Erwerbstätigen für die Unterhaltsbemessungsgrundlage nur das monatliche Nettoeinkommen maßgeblich sei. Für die Annahme buchhalterisch nicht erfasster weiterer Einkünfte bestehe kein Anhaltspunkt. Die Gleichsetzung der Privatentnahmen eines selbständig Erwerbstätigen mit dem privaten Geldverbrauch eines unselbständig Erwerbstätigen sei zu Unrecht erfolgt. Des weiteren habe das Rekursgericht bei der Berücksichtigung des Naturalunterhalts entgegen der herrschenden Rechtsprechung auch den Vater als fiktiven Mitbewohner in die Aufteilung einbezogen und die Anrechnung nicht auf Basis des fiktiven Mietwerts vorgenommen. Es habe sich ferner mit einer „überschlagsmäßigen“ Berechnung des Unterhaltsanspruchs der Mutter begnügt, anstatt die relevanten Bemessungsparameter konkret festzustellen.

Hiezu wurde erwogen:

1. Zur Bemessungsgrundlage:

1.1 Nach einhelliger Auffassung ist die Bemessungsgrundlage die Summe aller tatsächlich in Geld oder geldwerten Leistungen erzielten Einkünfte, über die der Unterhaltspflichtige verfügen kann (RIS-Justiz RS0107262; Hopf in KBB<sup>2</sup> § 140 Rz 13).

Der Vater bezieht sein Einkommen weit überwiegend aus unselbständiger Erwerbstätigkeit. Im unterhaltsrelevanten Zeitraum hatte er darüber hinaus nur Einkünfte aus der Vermietung einer Garconniere von monatlich 290 EUR, wobei der Sachverständige noch die Werbungskosten in Abzug gebracht hat.

1.2 Bemessungsgrundlage für die Bestimmung des Unterhalts nach der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ist bei unselbständig Erwerbstätigen das Nettoeinkommen, also das Bruttogehalt einschließlich Überstundenentlohnung und Sonderzahlungen vermindert um Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge (10 Ob 18/04a; RIS-Justiz RS0047489; Hopf aaO Rz 13). Greift der Unterhaltspflichtige sein Vermögen an, um damit die Kosten der von ihm gewählten Lebensführung zu decken, ist insoweit auch das Vermögen in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen (4 Ob 531/95; 4 Ob 218/08z mwN; RIS-Justiz RS0117850).

1.3 Im vorliegenden Fall haben die Vorinstanzen - wie sich (nur) aus dem Gutachten des Buchsachverständigen ergibt - zu den Nettoeinkünften jene Beträge hinzu addiert, die der Vater aus der Überziehung seines Girokontos und aus einem Privatkredit „lukrierte“. Diese Vorgangsweise ist durch die zitierte Rechtsprechung nicht gedeckt und daher abzulehnen. Die Gleichsetzung des „privaten Geldverbrauchs“ mit den den Reingewinn übersteigenden Privatentnahmen eines selbständig Erwerbstätigen ist verfehlt, wird doch mit letzteren der Stamm des Vermögens

(nämlich die Unternehmenssubstanz) angegriffen (RIS-Justiz RS0047382). Dies trifft bei einem unselbständigen Erwerbstätigen, der sein Konto überzieht oder einen Privatkredit aufnimmt, gerade nicht zu.

1.4 Die Rechtsansicht der Vorinstanzen gründet sich auf die Rechtsprechung zweitinstanzlicher Gerichte, wonach die Unterhaltsbemessungsgrundlage „auch“ nach dem tatsächlichen Lebensaufwand (dem „Lebenszuschnitt“) des Unterhaltspflichtigen bestimmt werden kann (für viele: LGZ Wien EFSlg 107.124; vgl auch Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup> 16 f). Danach soll es keine Rolle spielen, ob der Unterhaltspflichtige den Lebensaufwand aus Einkünften, Ersparnissen, Krediten oder Zuwendungen Dritter finanziert. Diese Auffassung vernachlässigt, dass den vermeintlichen Einkünften aufgrund von Kontoüberzügen und Kreditaufnahmen die vertragliche Pflicht zur Rückführung dieser Beträge gegenübersteht, die, soweit sie erfüllt wird, dann wieder als die Unterhaltsbemessungsgrundlage verringernde Abzugspost berücksichtigt werden müsste. Dazu kommt, dass die Bestimmung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nach dem Lebensaufwand auf jene Fälle beschränkt sein soll, in denen - etwa aufgrund mangelnder Mitwirkung des Unterhaltspflichtigen - dessen Einkommen nicht ermittelt werden kann, sein Lebensaufwand aber für ein bestimmtes Einkommen spricht (Gitschthaler in EF-Z 2007/83, Glosse zu 10 Ob 8/07k). Diese Voraussetzung trifft auf den vorliegenden Fall aber ebenfalls nicht zu.

1.5 Es hat daher weiterhin dabei zu bleiben, dass bei einem unselbständig Erwerbstätigen - auch wenn er zusätzlich zu seinem Erwerbseinkommen geringfügige Einkünfte aus Vermietung erzielt - lediglich das Nettoeinkommen maßgeblich ist. Als Bemessungsgrundlage sind somit für das Jahr 2005 2.397 EUR und für das Jahr 2006 2.429 EUR heranzuziehen. Zum Einkommen des Jahres 2007 liegen keine Feststellungen vor, obwohl dies - ohne Befassung des Sachverständigen - durch Befragung des in der Tagsatzung vom 21. 7. 2007 anwesenden Vaters leicht zu klären gewesen wäre. Dies wäre auch geboten gewesen, ist doch bei der Bemessung des Unterhalts vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen in dem der Entscheidung unmittelbar vorangehenden Bezugszeitraum auszugehen (RIS-Justiz RS0047509).

2. Zur Anrechnung des fiktiven Mietwerts:

2.1 Der erkennende Senat hat zuletzt in der Entscheidung<sup>2</sup> Ob 39/08m die Zulässigkeit eines (ordentlichen) Revisionsrekurses unter Hinweis auf mehrere Vorentscheidungen damit begründet, dass der - dort wie auch hier - vom Rekursgericht grundsätzlich vertretene Ausschluss der Anrechnung fiktiver Mietkosten als Naturalunterhalt auch beim Kindesunterhalt auf einer mittlerweile überholten Rechtsprechung beruht und der aktuellen höchstgerichtlichen Judikatur widerspricht (vgl 4 Ob 41/05s; 4 Ob 142/06w; 2 Ob 169/05z; 10 Ob 75/06m; 6 Ob 5/08s).

In diesem Zusammenhang wurden auch wesentliche Aussagen der Entscheidung<sup>6</sup> Ob 5/08s = EF-Z 2008/83 (Deixler-Hübner) = iFamZ 2008/90 = JBl 2008, 580 referiert. Danach müssten zur Vermeidung einer Doppelalimentierung alle vom Geldunterhaltspflichtigen getragenen Wohnungskosten berücksichtigt werden, gleichgültig, ob das Kind in einer Mischwohnung, einer ausbezahlten Eigentumswohnung oder einer kreditfinanzierten Wohnung lebt, für die noch Kreditrückzahlungen zu leisten sind. Maßgeblich solle auch in letzterem Fall aber nicht die Häufigkeit und Höhe der Rückzahlungsraten, sondern zwecks Hintanhaltung möglicher Manipulationen der (objektiv bestimmbare) fiktive Mietwert der Wohnung sein. Beiden Fällen (2 Ob 39/08m und 6 Ob 5/08s) lagen Sachverhalte zugrunde, in denen die Ehe der (getrennt lebenden) Eltern noch aufrecht war.

2.2 Der Vater hat in erster Instanz eingewandt, dass bei der Ausmittlung des zu leistenden Unterhalts die Bereitstellung der Wohnversorgung des Kindes zu berücksichtigen sei (AS 150). In seiner verspäteten Stellungnahme ON U75 wies er dann darauf hin, dass die fiktive Mietersparnis in dem zwischen den geschiedenen Ehegatten anhängigen Aufteilungsverfahren durch einen Sachverständigen mit 574,20 EUR inklusive USt ermittelt worden sei. Auf diesen Wert kommt er nun auch in seinem Revisionsrekurs zurück.

Äußerungen des Minderjährigen und Feststellungen der Vorinstanzen zum fiktiven Mietwert der Wohnung liegen bisher nicht vor. Es fehlt aber auch an Feststellungen über Höhe und Zweck des Kredits und die tatsächliche Verwendung des Kreditbetrags. Die Kreditunterlagen sind nicht aktenkundig. Da dem Vater nach der Aktenlage das Eigentum an der Liegenschaft samt Haus im Wege eines Übergabevertrags mit seiner Mutter übertragen wurde, diente der Kredit offenkundig nicht zur Anschaffung der Wohnung. Laut Sachverständigengutachten (AS 93) handelte es sich vielmehr um einen Kredit, der für die Sanierung des (gesamten) Gebäudes verwendet worden sein soll. Trifft dies zu, wofür das vom Minderjährigen anlässlich der Berechnung der Unterhaltsbemessungsgrundlage erstattete Vorbringen spricht, wären die anteiligen Darlehensrückzahlungen des Vaters als Wohnungserhaltungskosten zu qualifizieren.

2.3 In der Entscheidung<sup>2</sup> Ob 169/05z hat der erkennende Senat für den dort zu lösenden Fall festgehalten, dass

jegliche Anhaltspunkte dafür fehlen würden, ob der Vater Leistungen zur Anschaffung oder Erhaltung der Ehwohnung erbracht habe. Aus dem bloßen Miteigentum allein leite sich jedenfalls kein Anspruch auf Anrechnung eines fiktiven Mietzinses als Naturalunterhalt auf den geschuldeten Geldunterhalt ab (vgl auch 1 Ob 71/07h). Daraus ergibt sich einerseits, dass die Wohnungserhaltungskosten den Wohnungsanschaffungskosten in ihrer rechtlichen Bedeutung als Kosten der Wohnversorgung gleichzuhalten sind (vgl auch 2 Ob 93/06z mwN), andererseits aber auch das Erfordernis, dass der Unterhaltspflichtige die Kosten der Wohnversorgung tatsächlich trägt. Das bloße Bereitstellen seines Eigentums reicht hingegen nach Auffassung des erkennenden Senats für die Anrechnung eines fiktiven Mietwerts nicht aus.

2.4 Wurde der Kredit tatsächlich anteilig für die Erhaltung der Ehwohnung verwendet, wäre somit davon auszugehen, dass der Vater die Kosten der Wohnversorgung des unterhaltsberechtigten Sohnes trägt. Vorbehaltlich der noch folgenden Überlegungen zur Angemessenheit der Anrechnung wäre der fiktive Mietwert daher anteilig als Naturalunterhalt anzurechnen. Es bedarf daher ergänzender Feststellungen zur tatsächlichen Verwendung des Kredits und erforderlichenfalls auch zum fiktiven Mietwert der früheren Ehwohnung.

### 3. Zur Aufteilung „nach Köpfen“:

3.1 Zutreffend ist die Beurteilung der Vorinstanzen, wonach die Aufteilung der als Naturalunterhaltsleistungen anzurechnenden Wohnkosten grundsätzlich gleichteilig nach Köpfen zu erfolgen hat. Dabei ist zwischen Wohnungsbenützungskosten und den Kosten der eigentlichen Wohnversorgung (hier: der Wohnungserhaltungskosten) in aller Regel nicht zu differenzieren. Alle Wohnungskosten sind zur Vermeidung einer Doppelalimentierung auf die die Wohnung benützenden Unterhaltsberechtigten zu gleichen Teilen aufzuteilen (4 Ob 41/05s; 10 Ob 75/06m; so grundsätzlich auch 6 Ob 5/08s [in Punkt 5. der Entscheidungsbegründung]; vgl dazu Kolmasch, Wohnversorgung als Naturalunterhalt, Zak 2008, 346 [348 f]; ebenso Schwimann/Kolmasch aaO 137 f).

In die Berechnung ist auch der Kopfteil des Vaters einzubeziehen. Der unterhaltspflichtige Elternteil kann den Anteil der anzurechnenden Leistungen nämlich nicht dadurch zu seinen Gunsten erhöhen, dass er die Wohnung grundlos verlässt und an den Aufwendungen nicht mehr partizipiert (6 Ob 5/08s; 2 Ob 39/08m; vgl auch 6 Ob 15/08m; RIS-Justiz RS0114742). Laut 6 Ob 5/08s soll es daher darauf ankommen, dass den Vater am seinerzeitigen Verlassen der Ehwohnung ein Verschulden traf (zustimmend Deixler-Hübner in EF-Z 2008/83, Glosse zu 6 Ob 5/08s; kritisch hingegen Kolmasch aaO 349). Im vorliegenden Fall liegen zwar keine Feststellungen zu den Umständen vor, unter denen der Vater im April 2005 die Ehwohnung verlassen hat. Sie sind aber entbehrlich, weil die Scheidung der Ehe aus dem Alleinverschulden des Vaters auch das schuldhafte Verlassen der Ehwohnung indiziert. Das bedeutet zunächst, dass der auf den Unterhaltsanspruch des Minderjährigen anzurechnende Anteil an den Wohnungsbenützungskosten von den Vorinstanzen richtig mit einem Viertel (bis 30. 11. 2005) bzw - nach dem Auszug von Georg - einem Drittel (ab 1. 12. 2005) bemessen wurde.

3.2 Der 6. Senat hat in der erwähnten Entscheidung 6 Ob 5/08s mit ausführlicher Begründung dargelegt, dass - jedenfalls bis zur Beendigung eines naheheiligen Aufteilungsverfahrens - nur die Hälfte des fiktiven Mietwerts der Wohnung der nach den obigen Kriterien vorzunehmenden Aufteilung unterliegt. Da sich die unterhaltsberechtigte Mutter die halben Kreditrückzahlungsraten auf ihren eigenen Unterhaltsanspruch anrechnen lassen müsse, sei davon auszugehen, dass dem unterhaltsberechtigten Kind die Wohnung - wirtschaftlich gesehen - nicht nur vom geldunterhaltspflichtigen, sondern auch vom betreuenden Elternteil zur Verfügung gestellt werde (in diesem Sinne auch Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> Rz 44b; zustimmend Deixler-Hübner aaO; kritisch Kolmasch aaO 349 und Schwimann/Kolmasch aaO 138 f).

Der erkennende Senat ist dieser Auffassung in der Entscheidung 2 Ob 39/08m im Ergebnis bereits gefolgt. Die von den Kritikern der Entscheidung 6 Ob 5/08s bemängelte Rückkehr zur früheren, „vor der Judikaturwende“ ergangenen Rechtsprechung, mit der die Wohnversorgung in der Ehwohnung gegenüber den Kindern noch nicht als Naturalunterhalt anerkannt worden sei, ist nicht erkennbar.

3.3 Im vorliegenden Fall ist das naheheilige Aufteilungsverfahren noch nicht abgeschlossen. Nach dem erörterten Berechnungsmodell wäre daher der fiktive Mietwert der Ehwohnung zur Hälfte heranzuziehen und auf die in der Wohnung verbliebenen Unterhaltsberechtigten unter Einbeziehung des Unterhaltspflichtigen aufzuteilen. Demnach entfielen auf den minderjährigen Paul im Zeitraum vom 1. 4. bis 30. 11. 2005 ein Achtel und ab 1. 12. 2005 ein Sechstel des (gesamten) fiktiven Mietwerts.

Nach ständiger Rechtsprechung sind Leistungen zur Wohnungsverorgung grundsätzlich aber nur in angemessenem Umfang anzurechnen, wobei sich die Angemessenheitsgrenze nach den Umständen des Einzelfalls bestimmt (6 Ob 5/08s mwN; 2 Ob 39/08m; RIS-Justiz RS0047254 [T4 und T5]; vgl auch RS0053263). Dies wird im fortgesetzten Verfahren zu berücksichtigen sein (siehe Punkt 6.).

#### 4. Zur Berücksichtigung der Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber der geschiedenen Ehefrau:

Das Rekursgericht hat grundsätzlich zutreffend erkannt, dass die konkurrierende Sorgspflicht des Vaters als Vorfrage ohne Rücksicht darauf zu prüfen ist, dass noch kein Unterhaltstitel zugunsten der Mutter besteht. Der Vater rügt aber zu Recht, dass eine Klarstellung der Berechnungsgrundlagen unterblieb. So hat das Rekursgericht nicht offen gelegt, ob es bei Anwendung der „40 %-Regel“ das Nettoeinkommen oder (fälschlich) den „privaten Geldverbrauch“ des Vaters herangezogen hat. Seine Ausführungen lassen auch vermuten, dass die anteilige Anrechnung der Kreditrückzahlungsraten auf den Geldunterhaltsanspruch der Mutter unterblieb. Derzeit ist die zweitinstanzliche Berechnung daher nicht nachvollziehbar.

#### 5. Zum Sonderbedarf:

Zu diesem Thema enthält der Revisionsrekurs keine inhaltlichen Ausführungen, weshalb auf die insoweit zutreffenden Erwägungen des Rekursgerichts verwiesen werden kann (§ 71 Abs 3 Satz 2 AußStrG). Es hat daher beim Zuspruch des monatlichen Schulgelds von 150 EUR ab 1. 9. 2007 zu verbleiben.

#### 6. Ergebnis:

6.1 Aus den dargelegten Gründen kann der angefochtene Beschluss im Umfang des Zuspruchs des Schulgelds bestätigt werden.

6.2 In ihren weiteren stattgebenden Aussprüchen sind die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben. Das Erstgericht wird nach der gebotenen Verfahrensergänzung die fehlenden Feststellungen nachzuholen und unter Berücksichtigung der dargelegten Grundsätze den Unterhaltsanspruch des minderjährigen Paul neu festzusetzen haben. Dabei wird auch zu beachten sein, dass der Minderjährige mit der Vollendung des 15. Lebensjahres am 14. 6. 2007 in die nächste Altersgruppe eingetreten ist. Des weiteren wird nach der rechnerischen Ermittlung der für die Unterhaltsbemessung relevanten Faktoren (einschließlich der steuerlichen Entlastung des Vaters) für die vom Antrag umfassten Zeiträume jeweils zu prüfen sein, ob durch die Anrechnung des anteiligen fiktiven Mietwerts nicht die Grenze der Angemessenheit überschritten wird. Dies wird insbesondere für die Zeit ab dem Eintritt des Minderjährigen in das Holztechnikum Kuchl ab September 2007 zu bejahen sein, weil er seither das Internat besucht, nur an den Wochenenden zu Hause ist und die Anrechnung fiktiver Mietkosten daher nicht mehr seinen aktuellen Lebensverhältnissen entspricht.

6.3 Eine über Punkt 6.1 hinausgehende Teilbestätigung des angefochtenen Beschlusses durch den Obersten Gerichtshof ist derzeit nicht zweckmäßig, weil zur Ermittlung der Höhe des ungeachtet der fehlenden Feststellungen allenfalls schon bestehenden Geldunterhaltsanspruchs noch eingehende Berechnungen erforderlich sind (vgl § 70 Abs 3 AußStrG; zu § 16 Abs 4 AußStrG aF: RIS-Justiz RS0114942).

#### **Anmerkung**

E913092Ob224.08t

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITRDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inZak 2009/594 S 373 (Kolmasch) - Zak 2009,373 (Kolmasch) = iFamZ2009/226 S 345 (Neumayr) - iFamZ 2009,345 (Neumayr) = EF-Z 2009/141 S220 (Gitschthaler) - EF-Z 2009,220 (Gitschthaler) = RZ 2009,247 EÜ361- RZ 2009 EÜ361 = AnwBI 2010,7 = Jus-Extra OGH-Z 4735XPUBLEND

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0020OB00224.08T.0716.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.03.2010

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)