

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,
Martina Weixelbraun-Mohr

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

Mai 2018

09

385 – 432

Aktuelles

OGH-Symposium zum Schutz der Menschenrechte ➔ 385

Beiträge

Zum Rücktritt von Lebens- versicherungsverträgen

Maria Berger und Gregor Maderbacher ➔ 391

Die DSGVO im privaten Bereich Konrad Lachmayer ➔ 398

Strafbarkeit „falscher Prospektwerbung“ nach § 15 KMG
und § 163 a StGB Diana Bernreiter und Martin Oberndorfer ➔ 406

Evidenzblatt

Überwachungsbefugnisse des Betriebsrats ➔ 413

Das unterhaltsrechtliche Betreuungsmodell Peter Gruber ➔ 414

Abwesenheit des Angeklagten ➔ 427

Sprache und Recht

Die Schönheit des Hinkens Michael Rami ➔ 432

EvBI 2018/58

§ 231 ABGB

OGH 24. 8. 2017,
8 Ob 89/17 x
(LG Wr. Neustadt
16 R 44/17 k;
BG Wr. Neustadt
9 Pu 71/14 y)

→ Das unterhaltsrechtliche Betreuungsmodell

§ 231 ABGB

→ Nach dem betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell besteht ein Geldunterhaltsanspruch des Kindes dann nicht mehr, wenn die Betreuungsleistungen der Eltern nahezu und die sonstigen von ihnen erbrachten Naturalleistungen annähernd gleichwertig sind und zudem ihr maßgebliches Einkommen halbwegs gleich hoch ist. Bei unterschiedlichen Einkommensverhältnissen setzt der Restgeldunterhalt (Ergänzungsunterhalt) das vom einkommensschwächeren Elternteil betreute Kind in die Lage, am höheren Lebensstandard

des besser verdienenden Elternteils teilzunehmen.

→ Trägt bei gleichwertigen Betreuungsleistungen im engeren Sinn ein Elternteil zusätzlich die notwendigen bedarfsdeckenden Aufwendungen (zB Bekleidung), ist das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell nicht anwendbar, sondern bleibt es bei der Unterhaltsbemessung nach der Prozentmethode. Das Bestehen eines „Ausgleichsanspruchs“ des Kindes gegen den minderleistenden Elternteil zu Handen des mehrleistenden Elternteils wird als aus dem Gesetz nicht ableitbar abgelehnt.

Sachverhalt:

Die nunmehr neunjährige N und der siebenjährige K sind eheliche Kinder. Die Ehe der Eltern wurde 2014 im Einvernehmen geschieden. Mit Scheidungsvergleich vom selben Tag vereinbarten die Eltern, dass ihnen die Obsorge für beide Kinder gemeinsam zustehe und sich der Wohnsitz der hauptsächlichen Betreuung bei der Mutter befinde. Der Vater verpflichtete sich, ab 1. 3. 2014 für beide Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von je € 250,- zu bezahlen. Als Bemessungsgrundlage wurde ein Durchschnittseinkommen des Vaters von € 2.800,- zugrunde gelegt. Zudem wurde das vereinbarte ausgedehnte Kontaktrecht des Vaters zu beiden Kindern berücksichtigt. Weiters verpflichtete sich der Vater zur Tragung der Kindergartenkosten in Höhe von maximal € 120,- pro Kind und Monat. In der Folge handhabten die Eltern die tatsächlichen Betreuungszeiten – in Abweichung vom Scheidungsvergleich – wie folgt: Im Zeitraum von zwei Wochen durchgehend acht Tage bei der Mutter und sechs Tage beim Vater; die Ferienzeiten teilten sich die Eltern im Verhältnis 50:50. Diese Betreuungszeiten haben sich nicht geändert.

N besucht seit 1. 9. 2015 die Volksschule, K seit 1. 9. 2016. Die Familienbeihilfe für die Kinder bezieht die Mutter. Seit 1. 1. 2016 beläuft sich ihr durchschnittliches Nettoeinkommen auf rund € 2.074,- inklusive anteiligem Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Das monatliche durchschnittliche Nettoeinkommen des Vaters (exklusive Fahrtkostenvergütung) belief sich von 1. 1. 2016 bis 30. 9. 2016 auf € 4.143,47; ab September 2016 erhöhte sich sein Bruttolohn auf € 5.572,- auf € 5.825,-. Die bedarfsdeckenden Ausgaben der Eltern im Zeitraum Jänner 2016 bis September 2016 (zB Tagesheim; Essen; Kleidung; Spiele und Bücher; Schulbedarf) beliefen sich auf € 2.560,43 (Mutter) bzw € 2.192,02 (Vater).

Mit Antrag v 28. 5. 2015 und 1. 3. 2016 begehrten die Kinder erhöhte Unterhaltsbeiträge, und zwar für N in Höhe von € 423,- monatlich ab 1. 9. 2015 und für K von € 423,- monatlich ab 1. 9. 2016. Es habe sich sowohl das Einkommen des Vaters als auch der altersbedingte Bedarf der Kinder erhöht. Außerdem seien die Kindergartenkosten weggefallen.

Der Vater sprach sich gegen die Unterhaltserhöhung aus und beantragte seinerseits die Herabsetzung der monatlichen Unterhaltsbeiträge, und zwar für N auf monatlich € 107,- ab 1. 2. 2016 und für K auf € 57,- von 1. 2. bis 31. 3. 2016 und auf € 107,- ab 1. 4. 2016.

Das ErstG erhöhte die Unterhaltsbeiträge für N auf € 330,- ab 1. 9. 2015 und für K ebenfalls auf € 330,- ab 1. 9. 2016. Das Mehrbegehren der beiden Kinder und das Herabsetzungsbegehren des Vaters wies das ErstG ab.

Das RekG bestätigte diese Entscheidung. Der OGH gab dem RevRek des Vaters teilweise Folge und änderte den angefochtenen Beschluss dahin ab, dass sowohl der Antrag der Kinder auf Erhöhung der Unterhaltsbeiträge als auch der Antrag des Vaters auf Herabsetzung derselben für den Zeitraum ab 1. 2. 2016 abgewiesen wird. Hinsichtlich des Zeitraums von 1. 9. 2015 bis ein-

schließlich 31. 1. 2016 bleiben die Beschlüsse der Vorinstanzen betreffend das Kind N unverändert aufrecht.

Aus der Begründung:**[Neubemessung des Unterhalts]**

Im Anlassfall wurde der Unterhalt der Kinder durch eine Vereinbarung im Scheidungsvergleich festgesetzt. Es stellt sich daher zunächst die Frage nach der Zulässigkeit einer Neubemessung des Kindesunterhalts.

Gesetzliche Unterhaltsansprüche unterliegen der Umstandsklausel. Im Fall einer Unterhaltsfestsetzung durch gerichtlichen Vergleich oder gerichtliche Entscheidung kann eine Neubemessung (auch für die Vergangenheit) dann erfolgen, wenn die erfolgte Unterhaltsfestsetzung zufolge wesentlicher Änderung der Verhältnisse nicht mehr bindend ist (RIS-Justiz RS0053297). Die wesentliche Änderung der Verhältnisse hat sich auf die Bemessungsfaktoren oder die der Bemessung zugrunde gelegten Sachverhaltselemente zu beziehen. Eine solche Änderung liegt nach der Rsp darüber hinaus auch bei einer Änderung der gesetzlichen Regelungen oder bei tiefgreifenden Änderungen der Rsp vor (vgl RIS-Justiz RS0047398; 2 Ob 192/06 h).

Im Anlassfall ist unbestritten, dass bei der Unterhaltsvereinbarung im Scheidungsvergleich das „ausgedehnte Kontaktrecht“ (die überdurchschnittliche Betreuung) des Vaters berücksichtigt wurde, sich die Betreuungssituation nicht geändert hat, geänderte Verhältnisse aber hinsichtlich des Einkommens des Vaters, der altersbedingten Bedürfnisse der Kinder sowie im Entfall der Kindergartenkosten bestehen. Zudem hat sich im Zusammenhang mit dem sogenannten „betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell“ die Rsp nicht nur unerheblich geändert.

Die Vorinstanzen sind insgesamt zutreffend von einer relevanten Änderung der Verhältnisse und von der Zulässigkeit einer Neubemessung der Unterhaltsbeiträge für die Kinder ausgegangen.

[Auslegung des Unterhaltsvergleichs]

Nach der nunmehr ständigen Rsp soll dann, wenn der Unterhalt in einem Vergleich festgesetzt wurde, die Neubemessung im Allgemeinen nicht völlig losgelöst von der vergleichsweisen Regelung und der in ihr zum Ausdruck kommenden Konkretisierung der Bemessungsgrundsätze erfolgen (RIS-Justiz RS0047471; 8 Ob 93/11 a; vgl auch 2 Ob 145/13). Auch bei einer Änderung mehrerer Bemessungsparameter kann die (allenfalls ergänzende) Vertragsauslegung zum Ergebnis führen, dass die im Unterhaltsvergleich festgelegte Relation zwischen den Bemessungsfaktoren, insbesondere zwischen dem Einkommen und der Unterhaltshöhe (die Vergleichsrelation), nicht zu vernachlässigen ist (8 Ob 75/10b). Für die Beurteilung dieser Frage ist entscheidend, was die Parteien im Einzelfall mit ihrem Unterhaltsvergleich für die Zukunft regeln wollten. Maßgebend ist demnach, ob dem Vergleich eine unterhaltsrelevante Aussage für die Zukunft entnommen werden kann (vgl 8 Ob 93/11 a). →

Diese Entscheidung setzt sich sehr ausführlich mit der neueren Rsp zum Kindesunterhalt auseinander und präzisiert die Rsp zur Gleichwertigkeit von Betreuungsleistungen.

Für die Auslegung eines Unterhaltsvergleichs ist gem § 914 ABGB der übereinstimmend erklärte Parteilwille maßgebend, der primär anhand des objektiven Erklärungswerts unter Berücksichtigung des redlicherweise zu unterstellenden objektiven Geschäftszwecks zu ermitteln ist (RIS-Justiz RS0113932; RS0017915; 8 Ob 93/11 a).

Nach dem klaren Inhalt der Unterhaltsvereinbarung im Scheidungsvergleich handelt es sich bei der Verpflichtung des Vaters, für die Kindergartenkosten aufzukommen, um eine zusätzliche, zeitlich befristete Leistungspflicht. Mit Ausscheiden der Kinder aus dem Kindergarten sollten diese speziellen finanziellen Aufwendungen des Vaters entfallen. Daraus ergibt sich, dass der Vater nur für die Kindergartenzeit eine zusätzliche Leistungspflicht übernommen hat. Für die Beurteilung der aus der Unterhaltsvereinbarung abzuleitenden Bemessungsrelation nach der Kindergartenzeit können diese Kosten daher nicht berücksichtigt werden. Aus diesem Grund kann nicht – wie es das ErstG getan hat – davon ausgegangen werden, der Vater hätte sich zur Zahlung des Regelbedarfs verpflichten wollen. Auch die Berechnung des RekG, wonach sich der Vater zu einem monatlichen Unterhalt von € 385,- minus € 120,- verpflichtet habe, ist nicht schlüssig. Vielmehr hat sich der Vater in der Unterhaltsvereinbarung bei einer gesetzlichen Unterhaltspflicht von rund € 230,- pro Monat zu einem Unterhaltsbetrag von € 250,- je Kind verpflichtet.

[Unterhaltsrechtliches Betreuungsmodell]

Aufgrund der vorzunehmenden Neubemessung des Unterhalts stellt sich die Frage, ob sich der Vater auf das sogenannte „unterhaltsrechtliche Betreuungsmodell“ berufen kann. Die dafür maßgebenden Grundsätze wurden jüngst in der E 1 Ob 151/16 m dargestellt. Der 8. Senat des OGH hält die in dieser Entscheidung angestellten Überlegungen für überzeugend und schließt sich diesen an. Demnach gilt Folgendes:

Als Grundprinzip ist davon auszugehen, dass derjenige Elternteil, der den Haushalt führt, indem er das Kind betreut, dadurch gem § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB seine Unterhaltspflicht erfüllt, während der andere Elternteil geldunterhaltspflichtig wird. Daran hat sich durch das KindNamRÄG 2013, BGBl I 2013/15, nichts geändert. Betreut und versorgt der geldunterhaltspflichtige Elternteil das Kind im Rahmen des üblichen Kontaktrechts (ein Kontaktrechtstag pro Woche) in seinem Haushalt, so hat dies keine Auswirkungen auf seine Unterhaltspflicht. Aufwendungen während der Ausübung des üblichen Kontaktrechts schmälern den Geldunterhalt des Kindes grundsätzlich nicht.

Im Anlassfall beruft sich der Vater nicht nur auf überdurchschnittliche Betreuungsleistungen (**als Naturalunterhalt**), die zu einer Reduzierung des Geldunterhalts führen (s dazu 1 Ob 151/16 m). Vielmehr will er das unterhaltsrechtliche Betreuungsmodell für sich in Anspruch nehmen.

Das unterhaltsrechtliche Betreuungsmodell setzt zunächst jedenfalls eine **gleichwertige** Betreuung durch beide Elternteile voraus. Diesem Modell liegt der Grundgedanke zugrunde, dass der Geldunterhalt entfällt, wenn beide Elternteile gleiche Betreuungsleis-

tungen (**als Naturalunterhalt**) erbringen. Unterhaltsrechtlich können sich nur solche Leistungen auswirken, denen Unterhaltscharakter, konkret der Charakter als Naturalunterhalt, zukommt. Dementsprechend wird in der E 1 Ob 151/16 m zutreffend dargelegt, dass bei gleichwertigen Betreuungsleistungen (im engeren Sinn) und (sonstigen) Naturalleistungen grundsätzlich kein Geldunterhaltsanspruch des Kindes besteht. Eine solche Lösung ist allerdings nur dann sachgerecht, wenn das Einkommen der Eltern etwa gleich hoch ist oder den Eltern ein solches Einkommen zur Verfügung steht, das jeweils zu einem über der Luxusgrenze liegenden Unterhaltsanspruch des Kindes führt. Bei einem ins Gewicht fallenden Einkommensunterschied soll das Kind an den besseren Einkommensverhältnissen bzw am höheren Lebensstandard des besser verdienenden Elternteils teilhaben (8 Ob 69/15 b; 7 Ob 172/16 v; 1 Ob 158/15 i).

Voraussetzung für den gänzlichen Entfall des Geldunterhaltsanspruchs ist also neben der gleichwertigen Betreuungssituation (im engeren Sinn), dass auch die sonstigen bedarfsdeckenden Naturalleistungen von beiden Elternteilen etwa (annähernd) gleichwertig erbracht werden.

[Gleichwertige Betreuungsleistungen]

Die Beurteilung als „gleichwertige Betreuungsleistungen“ erlaubt – wenn überhaupt – nur ganz geringfügige Unterschiede. Dementsprechend sprechen der 7. Senat (7 Ob 172/16 v) und der 1. Senat (1 Ob 151/16 m) von „völlig gleichwertig“. Auch der 8. Senat teilt nicht die Ansicht, dass die Betreuung dann gleichwertig sei, wenn kein Elternteil mindestens zwei Drittel der Betreuungsleistungen erbringe (so aber 4 Ob 16/13 a). Die erwähnten ganz geringfügigen Unterschiede können mit dem Begriff „nahezu gleichwertig“ ausgedrückt werden.

Für den Fall, dass bei gleichwertigen Betreuungsleistungen ein Elternteil neben der Betreuung (im engeren Sinn) zusätzlich die notwendigen bedarfsdeckenden Aufwendungen (zB Bekleidung) überwiegend trägt, ist das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell nicht anwendbar, sondern bleibt es bei der Unterhaltsbemessung nach der Prozentsatzmethode (so auch *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*⁴ § 231 ABGB Rz 28; *Tews*, Berechnung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsanspruchs, EF-Z 2016/110, 244 [246]).

[Kein „Ausgleichsanspruch“]

Der für diesen Fall teilweise vertretene „Ausgleichsanspruch“, der dem Kind gegen den minderleistenden Elternteil zu Handen des mehrleistenden Elternteils stehen soll (*Gitschthaler*, Neue Betreuungsmodelle – neue Unterhaltsmodelle, EF-Z 2010/122, 172 [177]; *ders*, ÖRPf 2012, 22 [27]; 4 Ob 16/13 a; 4 Ob 206/15 w; 6 Ob 55/16 f), wird vom 8. Senat abgelehnt. Ein solcher Anspruch lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten und würde im Ergebnis zu einer Rechnungslegungspflicht des mehrleistenden Elternteils führen. Ein solcher Anspruch lässt sich auch mit dem Grundprinzip des § 231 ABGB nicht in Einklang bringen, dem zufolge das Kind grundsätzlich auch über einen Geldunterhaltsanspruch verfügt und dieser Anspruch daher nur in ganz

beschränkten Ausnahmefällen entfallen darf. Bei der Beurteilung, ob die Naturalleistungen etwa (annähernd) gleichwertig sind, kommt es nur auf die **bedarfsdeckenden**, also nach den konkreten Bedürfnissen des Kindes zweckmäßigen Leistungen, an. Aus diesem Grund besteht die Gefahr, dass „zwischen Mutti und Papi ein lustiges Wettrennen mit offenem Ausgang“ stattfindet (so *Gitschthaler*, Glosse zu 1 Ob 151/16m, EF-Z 2017/57, 124), nicht ernsthaft.

[Ergänzungsunterhaltsanspruch]

Mit der Frage, wie der Unterhaltsanspruch eines Kindes bei gleichwertigen Betreuungsleistungen und gleichwertigen sonstigen Naturalleistungen, aber bei unterschiedlichem Einkommen der Eltern zu berechnen ist, hat sich der OGH in der Entscheidung zu 1 Ob 158/15 i näher auseinandergesetzt. Demnach ist der fiktive Geldunterhaltsanspruch des Kindes gegen jeden Elternteil nach der Prozentsatzmethode zu ermitteln, die derart ermittelten Beträge sind dann unter Berücksichtigung der Transferzahlungen zu halbieren und sodann zu saldieren. Die auf diese Weise errechnete Differenz ergibt den Restgeldunterhaltsanspruch (Ergänzungsunterhaltsanspruch) des Kindes gegenüber dem besser verdienenden Elternteil. Die von diesem tatsächlich erbrachten Naturalleistungen, wie etwa Taschengeld oder Handykosten, sind vom verbleibenden Restgeldunterhalt nicht abzuziehen. Durch diesen Ergänzungsunterhalt soll das Kind in die Lage versetzt werden, während der Zeit der Betreuung im Haushalt des schlechter verdienenden Elternteils am höheren Lebensstandard des anderen Elternteils weiterhin teilzunehmen. Der Restgeldunterhalt (Ergänzungsunterhalt) soll damit die aus den unterschiedlichen Einkommen der Eltern resultierenden unterschiedlichen Lebensverhältnisse ausgleichen. In einem solchen Fall kommt es – trotz betreuungsrechtlichem Unterhaltsmodell – nicht zum Entfall des Geldunterhalts.

Zusammenfassend lässt sich somit der Grundsatz formulieren, dass nach dem betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell ein Geldunterhaltsanspruch des

Kindes nur dann nicht mehr besteht, wenn die Betreuungslösungen der Eltern nahezu gleichwertig und die sonstigen Naturalleistungen annähernd gleichwertig sind und zudem ihr maßgebliches Einkommen halbwegs gleich hoch ist.

[Beurteilung des Anlassfalls]

Im Anlassfall ist – jedenfalls unter Berücksichtigung auch der Ferienzeiten – von nahezu gleichwertigen Betreuungslösungen und annähernd gleichwertigen sonstigen Naturalleistungen der Eltern auszugehen. Allerdings besteht ein ins Gewicht fallender Einkommensunterschied, sodass das unterhaltsrechtliche Betreuungsmodell zwar zur Anwendung gelangt, hier aber nicht zum Entfall des Geldunterhaltsanspruchs der Kinder, sondern zu einem Restgeldunterhalt (Ergänzungsunterhalt) führt.

Ausgehend von den Feststellungen lässt sich der Restgeldunterhalt für N im Jahr 2016 und für K ab 1. 4. 2016 mit monatlich rund € 235,- ermitteln. Da sich der Vater in der Unterhaltsvereinbarung zu einer – wenn auch nicht gravierenden – Überschreitung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs verpflichtet hat und diese Vergleichsrelation auch für die Zukunft unterstellt werden kann, hat es – trotz geänderter Verhältnisse und neuer Berechnungsmethode – beim bisher in der Unterhaltsvereinbarung festgesetzten Unterhaltsbeitrag für beide Kinder zu bleiben. Das Gleiche gilt für K auch für die Monate Februar und März 2016. Die Vergleichsrelation erlaubt auch in dieser Hinsicht eine Verpflichtung zu weiterhin € 250,- pro Monat. Dazu ist festzuhalten, dass die Unterhaltsbemessung nicht nach mathematischen Formeln zu erfolgen hat, sondern der Unterhalt als angemessen zu bemessen ist (vgl. RIS-Justiz RS0057284; 8 Ob 63/13 t).

Der Vater nimmt in seinem Revisionsrekurs zwar wiederholt nur auf seinen Herabsetzungsantrag Bezug. Nach dem Rechtsmittelantrag bekämpft er die Entscheidung der Vorinstanzen allerdings ausdrücklich nur für die Periode ab 1. 2. 2016.

Hinweis:

Der 8. Senat geht hier von der Rsp hauptsächlich des 4. Senats ab, dass zwar bei grundsätzlich gleichwertigen Betreuungs- und Naturalunterhaltsleistungen kein Geldunterhaltsanspruch besteht, wenn das Einkommen der Eltern etwa gleich hoch ist, dass jedoch ein Ausgleichsanspruch gegen den minderleistenden Elternteil besteht, wenn der andere Elternteil überwiegend neben der Betreuung im Haushalt zusätzlich die notwendigen Aufwendungen für Bekleidung, Schuhwerk und alle größeren, längerlebigen Anschaffungen trägt (4 Ob 206/15 w; 4 Ob 16/13 a; 4 Ob 74/10 a; 7 Ob 145/04 f). Der 8. Senat geht weiters von völliger Gleichwertigkeit der Betreuungsleistungen, die sich somit nur geringfügig unterscheiden dürfen, aus und lehnt die in 4 Ob 16/13 a gefundene Formel, eine etwa gleichteilige Betreuung liege dann vor, wenn kein Elternteil mindestens zwei Drittel der Betreuung durchführt, ab.

Ronald Rohrer

Anmerkung:

Die Frage, wie der Kindesunterhalt zu berechnen ist, wenn Eltern in (mehr oder weniger) gleichem Ausmaß betreiben, beschäftigt in den letzten Jahren auffallend oft den OGH. Dabei gibt es verschiedene Ansichten unterschiedlicher Senate, wann schon das betreuungsrechtl. Unterhaltsmodell (UhModell) und der damit verbundene Entfall von Unterhaltszahlungen und wann noch die Prozentabzugsmethode angewendet werden sollen. Die vorliegende Entscheidung (s. krit. *Gitschthaler*, EF-Z 2018/3) reiht sich damit in eine ganze Reihe von Entscheidungen ein, die versuchen, diese Frage zu beantworten. Sie trägt dazu aber nur bedingt bei, wenn sie für die Inanspruchnahme des Modells resümierend eine „nahezu gleichwertig[e]“ zeitliche Betreuung, „annähernd gleichwertig[e]“ Naturalleistungen und ein „halbwegs gleich [hohes]“ Einkommen verlangt.

Aber zurück zum Start: Entscheidend für die Anwendbarkeit des betreuungsrechtl. UhModells ist zu-



nächst, ob Eltern **gleichwertig** betreuen. Mit Betreuung ist sowohl die zeitliche Betreuung als auch die Leistung bedarfsdeckender Naturalleistungen gemeint.

Beim Faktor zeitliche Betreuungsleistung verschärfte der OGH nach und nach die Voraussetzungen – zunächst sollte ein Verhältnis von 2:1, dann von 4:3 genügen –, und schließlich verlangten der 1. und der 7. Sen in Kombination mit den sonstigen bedarfsdeckenden Naturalleistungen „völlig[e]“ Gleichwertigkeit (1 Ob 151/16 m EF-Z 2017/57 [krit *Gitschthaler*]; 7 Ob 172/16 v EF-Z 2017/35 [krit *Gitschthaler*]; zu beiden Entscheidungen s *P. Gruber*, ÖJZ 2017/115, wo auf die unklaren Wertungsgrundlagen hingewiesen wird, ohne dem betreuungsrechtl UhModell eine generelle Absage zu erteilen). Die vorliegende Entscheidung rudert nun wiederum zurück und begnügt sich mit „nahezu gleichwertig[en]“ zeitlichen Betreuungsleistungen.

Der zweite Faktor, die sonstigen bedarfsdeckenden Naturalleistungen, sollten den genannten Sen zufolge ebenfalls „völlig gleichwertig“ sein. Vom 4. (4 Ob 206/15 w iFamZ 2016/47 [*Neuhauser*] = EF-Z 2016/72 [*Gitschthaler*]; 4 Ob 16/13 a EF-Z 2013/115 [*Gitschthaler*]) und 6. Sen (6 Ob 55/16 f) wurde hingegen der Standpunkt vertreten, dass auch bei nicht gleichwertigen Naturalleistungen das betreuungsrechtl UhModell anzuwenden sei und Differenzen durch einen Ausgleichsanspruch auszugleichen seien. Dem hat der 8. Sen nun eine klare Absage erteilt, indem er einen Ausgleichsanspruch des Kindes gegen den minderleistenden Elternteil ausdrücklich ablehnt. Im Ergebnis müssen für den 8. Sen die sonstigen Naturalleistungen zwar nicht völlig gleichwertig sein, dürfen aber auch nicht sehr verschieden, sondern sollen „annähernd gleichwertig“ sein.

Der dritte, für das betreuungsrechtl UhModell wesentliche Faktor ist das Einkommen der Eltern: Der gänzliche Entfall der Geldunterhaltsverpflichtung wäre bei unterschiedlich hohen Einkommen unsachgemäß, da das Kind auch beim schlechter verdienenden Elternteil vom höheren Lebensstandard des anderen profitieren soll (*Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 110 f). Da es nicht auf einzelne Euro ankommen kann, genügt es, wenn die Einkommen „etwa“ (RIS-Justiz

RS0047452 [T 13]) – oder in der Diktion der vorliegenden Entscheidung „halbwegs“ – gleich hoch sind. Gibt es einen besserverdienenden Elternteil, bleibt es bei der Anwendung des betreuungsrechtl UhModells, es ist allerdings ein „Restgeldunterhalt (Ergänzungsunterhalt)“ zu leisten.

Begrüßenswert ist, dass der OGH versucht, die Anwendungsvoraussetzungen genauer zu definieren. So erfreulich dieser Versuch ist, offenbart er allerdings gleichzeitig auch die damit dennoch verbundene Rechtsunsicherheit und so einen Zustand, den eigentlich § 8 Abs 1 Z 2 OGHG zu vermeiden sucht: Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, die in der Rsp des OGH nicht einheitlich beantwortet werden, können von verstSen geklärt werden.

Aber natürlich ist all das nicht primär dem OGH anzulasten, sondern dem Gesetzgeber, der sich gerade im Unterhaltsrecht nur sehr knapp äußert. Keineswegs ist es ihm verwehrt, durch unbestimmte Gesetzesbegriffe einen Teil der Rechtssetzungsbefugnis an die Rsp zu delegieren, doch sollten die wesentlichen Parameter bereits im Gesetz selbst verankert sein. Im Unterhaltsrecht vermisst man diese Parameter, was insb im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot problematisch sein könnte (s dazu bereits *P. Gruber*, ÖJZ 2017/115).

Nimmt die Rsp ihren Konkretisierungsauftrag wahr, was zum verstSen zurückführen könnte, entschärft sich das Problem der fehlenden Bestimmtheit einer Norm (*Papier/Möller*, AöR 122 [1997] 177 [190]). Äußert sich die Rsp allerdings selbst nicht mit ausreichender Bestimmtheit („nahezu gleichwertig“; „annähernd gleichwertig“; „halbwegs gleich hoch“) oder misslingt durch uneinheitliche Rsp eine Regelbildung, müsste der Gesetzgeber durch konkretere Vorgaben Nachsorge treffen (*Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht 84).

Im Rahmen der im BMJ derzeit laufenden Beratungen zur Unterhaltsreform könnte dieser Punkt entsprechend berücksichtigt werden; womöglich sorgt sogar ein Parteienantrag nach Art 140 B-VG für eine Beschleunigung des Reformprozesses.

*Peter Gruber,
WU Wien*

