

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

September 2017

18

797 – 844

Aktuelles

Privatstiftungen – Begutachtungsentwurf ➔ 797

Beiträge

**Gewerbsmäßige Begehung neu:
Zur Auslegung des § 70 StGB idF
des StRÄG 2015** Anna Maria Kohlreiter ➔ 809

Rechtsprechung des EGMR 2016 (2) Rudolf Thienel ➔ 801

Effektive Strafverteidigung – Implementierung im Rahmen von
Festnahme bzw erster Beschuldigtenvernehmung in der StPO?
Magdalena Atzl ➔ 815

Evidenzblatt

Anlageberatung: Über erhebliche Weichkosten
muss aufgeklärt werden Alexander Wilfinger ➔ 829

Eingeschränkte Prüfung bei Bewilligung der Akteneinsicht
Antonia Cermak ➔ 831

Verhetzung gegen Ausländer und Asylwerber ➔ 835

Forum

Kindesunterhalt: Geldunterhalt, betreuungsrechtliches
Unterhaltsmodell und Bestimmtheitsgebot Peter Gruber ➔ 841

Kindesunterhalt: Geldunterhalt, betreuungsrechtliches Unterhaltsmodell und Bestimmtheitsgebot

Anmerkung zu OGH 7 Ob 172/16 v¹⁾ und 1 Ob 151/16 m²⁾

ÖJZ 2017/115

Einleitung

Als Ausgangspunkt lassen sich folgende unproblematischen Fallgruppen identifizieren:

Lebt ein Kind mit seinen Eltern im gemeinsamen Haushalt, wird der Unterhalt üblicherweise in natura geleistet, etwa indem ein Elternteil das Kind **betreut** und so seine Unterhaltspflicht erfüllt,³⁾ während der andere den **Naturalunterhalt** besorgt.

Betreut demgegenüber kein Elternteil das Kind, zB weil es bei den Großeltern lebt, schulden beide Eltern Geldunterhalt.⁴⁾

Lebt ein Kind – zB nach einer Scheidung – im Haushalt eines Elternteils (Domizilernteils), leistet dieser Elternteil dadurch seinen Unterhaltsbeitrag, während der andere Elternteil Geldunterhalt leisten muss.⁵⁾ **Kinderbetreuung**⁶⁾ im eigenen Haushalt⁷⁾ wird vom Gesetz daher grundsätzlich als voller Unterhaltsbeitrag des betreffenden Elternteils gewertet und der Leistung von **Geldunterhalt** gleichgestellt (§ 231 Abs 2 ABGB).⁸⁾

Dass der andere, geldunterhaltspflichtige Elternteil im Rahmen seines üblichen **Kontaktrechts** ebenfalls Betreuungsleistungen erbringt, hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf seine Geldunterhaltspflicht.⁹⁾ Zwar hat er zusätzliche Kosten, doch der Domizilernteil erspart sich dadurch nichts: Nur weil das Kind zB alle zwei Wochen das Wochenende und einen Monat in den Ferien (also ca 80 Tage pro Jahr, was nach der Rsp dem „üblichen Kontaktrecht“ entspricht¹⁰⁾) beim geldunterhaltspflichtigen Elternteil verbringt, verringert sich der Aufwand des Domizilernteils nicht nennenswert: Das Kinderzimmer steht zwar leer, muss aber trotzdem bezahlt werden.¹¹⁾

Kümmert sich der geldunterhaltspflichtige Elternteil allerdings „mehr als üblich“ um sein Kind und wird während der verlängerten Kontakte Naturalunterhalt geleistet, ist der Geldunterhalt zu **reduzieren**.¹²⁾ Maßgeblich sind dabei allerdings nach wie vor nicht die Aufwendungen des besuchsrechtsausübenden Elternteils, sondern die **Aufwendungen**, die sich der betreuende Elternteil **erspart**.¹³⁾

Prozentabzugsmethode

Für jeden zusätzlichen Betreuungstag pro Woche gewährt die Rsp dem geldunterhaltspflichtigen Elternteil dann pauschal einen **Ab-schlag** iHv ca 10% vom zu leistenden Geldunterhalt („Prozentabzugsmethode“).¹⁴⁾ Wird das Kind daher nicht wie üblich nur einen Tag, sondern zwei Tage pro Woche vom Geldunterhaltspflichtigen betreut, vermindert sich der Unterhalt um ca 10%. Dieser Ansatz bildet allerdings nur eine Richtschnur (und eher die Untergrenze) für die Bedachtnahme auf die zusätzlichen Belastungen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils.¹⁵⁾ →

- 1) Siehe EvBl 2017/116 (in diesem Heft) = EF-Z 2017/35 (krit *Gitschthaler*).
- 2) Siehe EvBl 2017/117 (in diesem Heft) = EF-Z 2017/57 (krit *Gitschthaler*).
- 3) § 231 Abs 2 ABGB.
- 4) *Hopf* in KBB⁵ (2017) § 231 Rz 9 und 11; *Gitschthaler*, *Unterhaltsrecht*³ (2015) Rz 53f.
- 5) § 231 Abs 2 ABGB.
- 6) Betreuender Elternteil ist, wer die Betreuung tatsächlich leistet, unabhängig davon, wem die Obsorge des Kindes obliegt (*Schwimann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*⁸ [2016] 108f; *Gitschthaler*, *Aktuelle Kindesunterhalts-Rechtsprechung*, ÖRPf 2016, 8).
- 7) Teilweise Fremdunterbringung hindert den in § 231 Abs 2 ABGB normierten Entfall der Geldunterhaltspflicht nicht, sofern der betreffende Elternteil zumindest in den Restzeiten tatsächliche Betreuungsleistungen in seinem Haushalt erbringt (*Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ [2015] § 231 Rz 39 mwN).
- 8) *Hopf* in KBB⁵ § 231 Rz 10; vgl RIS-Justiz RS0116443 (T 6).
- 9) *Schwimann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*⁸ 109 mwN.
- 10) Als üblich gilt nach stRsp ein Kontaktrecht von zwei Tagen alle zwei Wochen (oder ein Tag pro Woche [*Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 231 Rz 48 mwN]) sowie von vier Wochen in den Ferien, insgesamt daher etwa 80 Tage pro Jahr (OGH 28. 4. 2015, 10 Ob 17/15 w mwN), dabei sind allerdings keine starren Grenzen zu ziehen (OGH 8 Ob 69/15 b EF-Z 2016/39 [*Gitschthaler*]; 31. 3. 2009, 1 Ob 209/08 d [zusätzlich halber Tag pro Woche ist keine über das übliche Maß hinausgehende Betreuungsleistung]).
- 11) Vgl *Schwimann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*⁸ 111.
- 12) OGH 5 Ob 2/12 y EF-Z 2012/163 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2012/206 (*Beclin*); vgl RIS-Justiz RS0047452.
- 13) *Hopf* in KBB⁵ § 231 Rz 12; 7 Ob 102/06 k EF-Z 2006/51 (*Tews/Gitschthaler*) = FamZ 2006/71 (*Neumayr*).
- 14) OGH 10 Ob 11/04 x EF-Z 2006/11 (*Gitschthaler*); 24. 9. 2004, 8 Ob 62/04 g; 31. 3. 2004, 7 Ob 277/03 s; 17. 8. 2010, 10 Ob 49/10 v; 30. 8. 2006, 7 Ob 178/06 m (20%).
- 15) OGH 8 Ob 69/15 b EF-Z 2016/39 (*Gitschthaler*); 7 Ob 172/16 v EF-Z 2017/35 (krit *Gitschthaler*); vgl auch RIS-Justiz RS0128043.

Je mehr sich die Situation indes einer **gemeinsamen gleichwertigen Betreuung** des Kindes durch beide Eltern annähert, umso weniger wird ein 10%-Abzug pro zusätzlichem Besuchs- und damit Betreuungstag den wechselseitigen Leistungen gerecht.¹⁶⁾ Nach der Prozentabzugsmethode müsste der geldunterhaltspflichtige Elternteil schließlich selbst bei gleichzeitiger Betreuung in einer Doppelresidenz (reduzierten) Geldunterhalt leisten, was schon mit dem Wortlaut des § 231 Abs 2 ABGB nicht vereinbar ist.

Auch der Gedanke, dass es primär darauf ankommen soll, ob sich der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind lebt, etwas erspart (und diese Ersparnisse folglich beim Geldunterhaltspflichtigen zu einem pauschalierten Abzug führen), verliert in Fällen gleichwertiger Betreuung seine Gültigkeit: Es stehen nicht mehr nur die ersparten Aufwendungen des einen Elternteils im Mittelpunkt, sondern auch die zusätzlichen Kosten des anderen. Materiell ähnelt die Doppelresidenz der Betreuung im gemeinsamen Haushalt. Kosten für ein Kinderzimmer oder Verpflegungs- und Freizeitkosten entstehen bei gleichwertiger Betreuung in zwei Haushalten zwar beiden Elternteilen gleichermaßen,¹⁷⁾ sodass der Unterhaltsbedarf insgesamt höher ausfällt,¹⁸⁾ es wäre aber nicht sachgerecht, darauf durch ein formalistisches Abstellen auf das Kriterium des Domizilelternteils zu reagieren und stur an der Prozentabzugsmethode zu haften.

Betreuungsrechtliches Unterhaltsmodell

Die neuere Rsp¹⁹⁾ wendet in Fällen, in denen beide Elternteile gleichwertige Betreuungs- und Naturalleistungen erbringen, daher statt der Prozentabzugsmethode das sog „betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell“²⁰⁾ an. Die in § 231 Abs 2 ABGB angeordnete **Geldunterhaltsbefreiung** für den hauptbetreuenden Elternteil kommt bei **gleichwertiger Betreuung** dann **beiden Elternteilen** zugute.²¹⁾

Das leuchtet ein: Tragen beide gleich viel bei, gibt es keinen Grund mehr, einen Elternteil als Domizilelternteil iSd § 231 Abs 2 ABGB zu privilegieren.²²⁾ Eine Geldunterhaltspflicht ist daher in einer solchen Situation nicht gerechtfertigt.

Wenn jeweils Gleichwertigkeit vorliegt und wie eine ungleiche Verteilung der Betreuungs- und Naturalunterhaltsleistungen berücksichtigt werden soll, wird von der Rsp allerdings nicht einheitlich beantwortet:

(Völlig) gleichwertige Betreuungs- und Naturalleistungen

In 4 Ob 16/13 a²³⁾ ist der OGH bei einem Betreuungsverhältnis von 2 : 1 noch von **gleichzeitiger Betreuung** ausgegangen. Diese sehr großzügige und damit die Anwendung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells begünstigende Regel wurde allerdings wohl schon in 4 Ob 206/15 w²⁴⁾ wieder zurückgenommen: Erst bei einer Relation von 4 : 3 (209 zu 156 Betreuungstagen), nicht aber bei größeren Betreuungsunterschieden sei eine gleichzeitige Betreuung und damit ein Entfall des Geldunterhalts anzunehmen.²⁵⁾

Mit der zeitlich ersten (7 Ob 172/16 v)²⁶⁾ der beiden hier zu besprechenden Entscheidungen ist der OGH bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit jedoch noch strenger, indem er **völlig gleichwertige** Betreuungs- und Naturalleistungen für die Anwendung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells voraussetzt.²⁷⁾

Das Kriterium **völliger** Gleichwertigkeit überrascht. Einerseits, weil – wie der OGH selbst betont – angesichts der Vielfalt familiärer Lebens- und Betreuungsmodelle nicht mit einem starren Prozentsatz festzulegen ist, ab wann von gleichzeitigen Betreuungsleistungen auszugehen ist,²⁸⁾ da „Unterhaltsentscheidungen grundsätzlich Ermessensentscheidungen und keine reinen Rechenexempel sind.“²⁹⁾

Andererseits aber, weil damit unklar wird, wie sich bei völlig gleichwertigen **Betreuungs- und Naturalleistungen** zeitliche Betreuung und Naturalunterhalt zueinander verhalten, ob also beide Leistungen **insgesamt oder jede für sich völlig gleichwertig** sein müssen.

In 4 Ob 206/15 w hatte der OGH das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell bei einem Betreuungsverhältnis von 4:3 bejaht. Den Umstand, dass die Mutter mehr Naturalunterhalt (insb Aufwendungen, die neben der Betreuung im Haushalt getätigt werden müssen, wie Schuhe, Bekleidung und größere langlebige Anschaffungen³⁰⁾) geleistet hatte, hat der OGH auf einer nachfolgenden Stufe durch einen Ausgleichsanspruch berücksichtigt.³¹⁾ Die zeitlich gleichwertige Aufteilung der Betreuung war für den OGH damit Grundvoraussetzung für das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell, allfällige Differenzen beim Naturalunterhalt, sollten durch Ausgleichszahlungen berücksichtigt werden. Für diese wichtige Rolle der Betreuung spricht § 231 Abs 2 ABGB.

Hätte man in 4 Ob 206/15 w allerdings den Maßstab von 7 Ob 172/16 v angelegt, wäre das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell sowohl mangels völlig gleichwertiger Naturalleistungen, als auch mangels völlig gleichwertiger Betreuungsleistungen (4 : 3) nicht zur Anwendung gekommen. Es wäre bei der Prozentabzugsmethode geblieben.

Dieses Ergebnis würde sich dann mit der zweiten hier zu besprechenden Entscheidung (1 Ob 151/16 m)³²⁾ decken: Hier wurde die Anwendung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells – trotz gleichzeitiger Betreuungsverhältnisse³³⁾ – verneint, weil die neben der Betreuung im Haushalt notwendigen Kosten (Bekleidung, Schuhe und Anschaffungen zur langfristigen angemessenen Bedürfnisbefriedigung des Kindes) überwiegend von einem Elternteil getragen wurden. Der OGH dreht damit die Prüfreihenfolge³⁴⁾ um³⁵⁾ und macht die völlig gleichwertigen Naturalunterhaltsleistungen zur Voraussetzung für die Anwendung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells. Für einen Ausgleichsan-

16) OGH 5 Ob 2/12 y EF-Z 2012/163 (Gitschthaler) = iFamZ 2012/206 (Beclin); s auch OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 55/16f.

17) Gitschthaler, Neue Betreuungsmodelle – neue Unterhaltsmodelle, ÖRPf 2012, 22 (27).

18) Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁸ 110; Gitschthaler, Unterhaltsrecht³ Rz 93.

19) OGH 4 Ob 16/13 a EF-Z 2013/115 (Gitschthaler); 4. 7. 2013, 6 Ob 11/13f; 28. 4. 2015, 10 Ob 17/15 w; 1 Ob 158/15 i iFamZ 2015/201 (Neuhauser), dazu Gitschthaler, Das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell bei Einkommensdifferenzen, EF-Z 2016/3, sowie Tews, Berechnung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsanspruchs, EF-Z 2016/110; OGH 8 Ob 69/15 b EF-Z 2016/39 (Gitschthaler); 4 Ob 206/15 w EF-Z 2016/72 (Gitschthaler) = iFamZ 2016/47 (Neuhauser); 30. 3. 2016, 6 Ob 55/16f; 1 Ob 151/16 m EF-Z 2017/57 (krit Gitschthaler).

20) Vgl Gitschthaler, EF-Z 2010, 172.

21) OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 55/16f; vgl auch Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁸ 110f.

22) Vgl Gitschthaler, Unterhaltsrecht³ Rz 96.

23) OGH 4 Ob 16/13 a EF-Z 2013/115 (Gitschthaler).

24) OGH 4 Ob 206/15 w EF-Z 2016/72 (Gitschthaler) = iFamZ 2016/47 (Neuhauser).

25) Insofern war diese Voraussetzung auch in der zwischenzeitlich ergangenen E OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 55/16f – 5 : 4 (200 zu 160 Tage) –, erfüllt.

26) OGH 7 Ob 172/16 v EF-Z 2017/35 (krit Gitschthaler).

27) Dazu bereits krit Gitschthaler, Anm zu OGH 7 Ob 172/16 v, EF-Z 2017/35, mit dem Hinweis, dass das Kriterium der völligen Gleichwertigkeit das erste Mal in OGH 8 Ob 69/15 b (EF-Z 2016/39 (Gitschthaler)) unter Hinweis auf RS0047452 (T 13) angeführt wurde, sich aber in keiner der dort indizierten Entscheidungen finden lässt.

28) OGH 8 Ob 69/15 b EF-Z 2016/39 (Gitschthaler).

29) OGH 4 Ob 206/15 w EF-Z 2016/72 (Gitschthaler) = iFamZ 2016/47 (Neuhauser); RS0047419 (T 23).

30) Vgl OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 55/16f.

31) Diesem Modell folgend OGH 4 Ob 16/13 a EF-Z 2013/115 (Gitschthaler); 30. 3. 2016, 6 Ob 55/16f.

32) OGH 1 Ob 151/16 m EF-Z 2017/57 (krit Gitschthaler).

33) Hinsichtlich des mj Kindes „P“ s Punkt 6. OGH 1 Ob 151/16 m EF-Z 2017/57 (krit Gitschthaler).

34) Vgl Tews, EF-Z 2016/110.

35) Krit Gitschthaler, Anm zu OGH 1 Ob 151/16 m, EF-Z 2017/57, 124 (127).

spruch wegen verschiedener Naturalunterhaltsbeiträge bliebe dabei – anders als in 4 Ob 206/15 w – gar kein Platz.

Gleiches Einkommen

Unterschiedlich hohe Naturalleistungen sind – wenn das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell angewendet wird – nicht der einzige Fall, in dem ein Ausgleichsanspruch bestehen kann: Ein Entfall der Geldunterhaltungspflicht wäre dann nicht gerechtfertigt, wenn zwar beide Elternteile gleich viel beitragen, einer der beiden aber über ein **wesentlich höheres Einkommen** verfügt.³⁶⁾ Das Kind soll schließlich auch während der Zeit, die es beim schlechter verdienenden Elternteil verbringt, vom höheren Lebensstandard des besser verdienenden Elternteils profitieren.³⁷⁾ Der Einkommensunterschied ist also durch einen **Differenzanspruch** zu berücksichtigen.

Zu den Auswirkungen auf die Unterhaltsmodelle liegen zwei aktuelle Entscheidungen des OGH vor, die noch keine einheitliche Linie erkennen lassen: In 1 Ob 158/15³⁸⁾ war das Einkommen des Vaters viermal so hoch wie jenes der Mutter. Der Einkommensunterschied wurde innerhalb des betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells in Form eines Differenzunterhaltsanspruchs berücksichtigt.³⁹⁾ In 1 Ob 151/16 m hingegen kam nach dem OGH als Argument gegen das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell zur ungleichen Verteilung der Naturalunterhaltskosten noch das wesentlich niedrigere Einkommen der Mutter (ein Fünftel des Einkommens des Vaters) hinzu. Damit waren für den OGH die Voraussetzungen in 1 Ob 151/16 m „nicht mit jenen [...] vergleichbar, die nach der Rsp für die Annahme eines ‚betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells‘ erforderlich sind“. Es blieb daher bei der Prozentabzugsmethode, bei der die Einkommenshöhe bereits bei der Unterhaltsbemessung des konkreten Elternteils einfließt. Fest steht, dass der besser verdienende Elternteil in beiden Varianten Geld zahlen muss: Normalen Geldunterhalt bei der Prozentabzugsmethode, Differenzunterhalt beim betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell. Dass der OGH so stark differenziert, zeigt einerseits, dass das Ergebnis nicht dasselbe sein wird, und stellt andererseits die Frage nach den zugrunde liegenden Wertungen.

Zusammenschau

Vieles bleibt damit unklar. Die völlige Gleichwertigkeit führt als Kriterium zwangsläufig zu Problemen: Beim Naturalunterhalt ist ein sehr hohes Maß an Konsensfähigkeit der Eltern nötig.⁴⁰⁾ Bei der Betreuungszeit ist ein Streit über Betreuungstage oder gar -stunden zu befürchten.⁴¹⁾ So oder so würde das **betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell** dann auf **wenige Fälle** beschränkt bleiben. Ein Abschied davon wäre aber verfrüht, da sich eine klare Linie des OGH derzeit eigentlich (noch) nicht erkennen lässt.

Angesichts der uneinheitlichen Anwendung und Ausgestaltung der beiden Modelle (Prozentabzugsmethode – betreuungsrechtliches Unterhaltsmodell) fällt es aber zunehmend schwer, die Wertungsgesichtspunkte des jeweiligen Modells und die eigentlich relevante Frage im Blick zu behalten: Welches Modell ist **sachgerechter**? Klar ist nur, dass ein abruptes Kippen von einem Modell in ein anderes jedenfalls immer begründungsbedürftig ist.

Bestimmtheitsgebot

Das Fehlen einer einheitlichen Rsp hat indes nicht nur eine genuin familienrechtliche Seite, sondern wirft auch **verfassungsrechtliche Fragen** auf, die im Hinblick auf mögliche Parteienträge Brisanz bekommen könnten: Aus dem aus Art 18 Abs 1 B-VG abgeleiteten **Bestimmtheitsgebot** ergibt sich die Verpflichtung des Ge-

setzgebers, Gesetze hinreichend genau zu determinieren.⁴²⁾ Zwar ist es dem Gesetzgeber natürlich nicht verwehrt, unbestimmte Gesetzesbegriffe⁴³⁾ zu verwenden,⁴⁴⁾ so von einer exakten Determinierung Abstand zu nehmen und der Vollziehung⁴⁵⁾ ein Auswahlmessen⁴⁶⁾ einzuräumen, doch muss die Auswahlentscheidung an Kriterien geknüpft werden,⁴⁷⁾ die die Vollziehung so binden, dass die darauf gestützte Entscheidung auf ihre inhaltliche Gesetzmäßigkeit überprüft werden kann.⁴⁸⁾

Ganz abgesehen davon, dass sich dem Gesetz schon die für die Unterhaltsbemessung verwendeten Prozentsätze an keiner Stelle entnehmen lassen, lässt der Gesetzgeber völlig offen, welches Ausmaß an Betreuung im Rahmen des Kontaktrechts „üblich“ sein soll und welche Kriterien für die (Nicht-)Anwendung der Prozentabzugsmethode oder für die (Nicht-)Anwendung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells gelten sollen.⁴⁹⁾

Die dadurch entstehende Unbestimmtheit führt allerdings nicht unmittelbar zur Verfassungswidrigkeit, sondern kann für einen abgegrenzten Bereich auch als Delegation der Rechtssetzungsbefugnis⁵⁰⁾ an die Gerichtsbarkeit verstanden werden.⁵¹⁾ Im Hinblick auf die Konkretisierung einer Norm findet also zwischen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit eine „Arbeitsteilung“ statt; die Gerichtsbarkeit kann einer Norm damit zu ausreichender Bestimmtheit verhelfen,⁵²⁾ wie das wohl für die grundsätzliche Aus-

36) Wobei Unterscheide von bis zu einem Drittel hinzunehmen sind (OGH 4 Ob 16/13a EF-Z 2013/115 [Gitschthaler]); krit und für eine Gesamtbetrachtung *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 111.

37) OGH 28. 4. 2015, 10 Ob 17/15 w; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 110 f.

38) Siehe FN 19.

39) Unter Anwendung einer von *Neuhauser* vorgeschlagenen Formel, zur genauen Berechnung s *Neuhauser* in *Schwimmann/Kodek Ia*⁴ (2013) § 231 ABGB Rz 489 und *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB-TaKom⁹ (2015) Rz 249.

40) Vgl *Stabenheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁷ § 231 Rz 28; *Gitschthaler*, Anm zu OGH 1 Ob 151/16 m, EF-Z 2017, 124 (127).

41) *Gitschthaler*, Anm zu OGH 7 Ob 172/16 v, EF-Z 2016, 84.

42) *Rill* Art 18 B-VG in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (1. Lfg 2001) Rz 7 und 11; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ (2015) Art 18 I.2., II.1.

43) Zu jenen in § 231 ABGB s *Neuhauser* in *Schwimmann/Kodek Ia*⁴ § 231 ABGB Rz 1.

44) Jüngst etwa im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Normen VfGH G 165/2015 VfSlg 20.032, dazu *Stelzer*, Zum Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit zur Zivilgerichtsbarkeit, ZfV 2017, 40; VfGH G 572/2015 NZ 2017, 102 (krit *Hofmann*) = iFamZ 2017, 17 (*Pesendorfer*); 14. 3. 2017, G 346/2016.

45) Art 18 Abs 1 B-VG spricht zwar nur von der Gesetzesgebundenheit der Verwaltung, gemeint ist damit aber die gesamte Vollziehung (VfGH G 70/89 VfSlg 12185), dh, sowohl die Gerichtsbarkeit als auch die Verwaltung unterliegen dem Legalitätsprinzip (*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ [2016] Rz 622 und 639; *Öhlinger*, Die Rolle des Richters im postmodernen Verfassungsgefüge, in FS Thürer [2015] 565 [570]; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ [2015] Rz 572).

46) Zum Ermessen im Bereich der Gerichtsbarkeit s *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 578.

47) Vgl zB VfGH G 259/89 VfSlg 12.399; G 280/89 VfSlg 12.497; B 110/02 VfSlg 16.625; bzw jüngst im Bereich des Zivilrechts VfGH G 165/2015 VfSlg 20.032, dazu *Stelzer*, ZfV 2017, 40.

48) Jüngst im Bereich des Zivilrechts VfGH G 673/2015 immolex 2016, 367 (*Kothbauer*) = immolex 2016, 337 (*Rainer*) = wobl 2017, 79 (*Weber*), s dazu auch *Rosifka*, Das Kriterium der Lage im System des Richtwertmierzinses, VbR 2017, 54, sowie *Knoll/Scharmer*, IWD – Richtwert, Lagezuschlag und Befristungsabschlag am Prüfstand des Verfassungsrechts – Fällt das Richtwertsystem in Österreich? wobl 2016, 129.

49) Zur Unbestimmtheit von Gesetzesbegriffen im Familienrecht s auch *Koza*, Überlegungen zu unbestimmten Gesetzesbegriffen am Beispiel des Familienrechts, juridikum 2015, 359.

50) Ausf zum Delegationsgedanken *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004) 49 ff.

51) Auch wenn aus „dem Zusammenhang von Art 18 B-VG mit Art 1 B-VG [...] das der gesamten Bundesverfassung innewohnende Prinzip hervor[leuchtet], dass alle Rechtssetzung im nationalen Bereich in dem Sinne dem Parlament vorbehalten ist, dass dieses seine Rechtssetzungsmacht als Volksvertretung prinzipiell selbst ausüben muss und nicht frei delegieren kann [und] die in der Verfassung vorgesehenen Durchbrechungen dieses Parlamentsvorbehalts [...] eng begrenzte Regelungen [sind] und [...] das Prinzip“ bestätigen (*Rill/Schäffer*, Art 1 B-VG in *Rill/Schäffer* Bundesverfassungsrecht [1. Lfg 2001] Rz 50; vgl auch *Weichselbaum*, Das Legalitätsprinzip als Nahtstelle zwischen den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung, in FS *Öhlinger* [2004] 640 [641 ff]).

52) *Papier/Möller*, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122 (1997) 177 (190); *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch-

gestaltung des Kindesunterhalts gilt.⁵³⁾ Eine uneinheitliche Rsp kann allerdings als Indiz für ein zu hohes Maß an Unbestimmtheit gesehen werden und auf die „Unzulänglichkeit der Normsetzung“ hindeuten.⁵⁴⁾

Seit der Einführung des Parteiantrags auf Normenkontrolle häufen sich Fälle, in denen der VfGH sich mit der mangelnden Bestimmtheit zivilrechtlicher Normen zu beschäftigen hatte.⁵⁵⁾ Zwar wurde bislang noch keine Norm aus dem privatrechtlichen Normenbestand wegen mangelnder Bestimmtheit aufgehoben, doch wird es wohl nur eine Frage der Zeit sein, bis auch Normen aus dem Unterhaltsrecht ihre diesbezügliche verfassungsrechtliche Bewährungsprobe bestehen müssen.⁵⁶⁾ Verfahrensparteien, die im Zweifel jede Möglichkeit, den Verfahrensausgang für sie günstig zu beeinflussen, wahrnehmen,⁵⁷⁾ erweisen sich schließlich als wesentlich antragsfreudiger als die bislang antragslegitimierten Gerichte.⁵⁸⁾

Resümee

Aufgrund der knappen textlichen Fassung der unterhaltsrechtlichen Bestimmungen, der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe und der immer komplizierteren Berechnungsmodelle⁵⁹⁾ ist die korrekte Berechnung des zu leistenden Unterhalts oft nur schwer möglich. Die **Vorhersehbarkeit unterhaltsrechtlicher Entscheidungen** ist aufgrund der übermäßigen Bedeutung der Rsp und divergierender Entscheidungen zudem stark **eingeschränkt**.⁶⁰⁾

Dazu kommt, dass sich die Anforderungen an das Unterhaltsrecht aufgrund neuer familiärer Realitäten zunehmend verändern; die Betreuung in zwei Haushalten ist etwa vom Ausnahmefall zu einer häufig praktizierten Realität geworden. Insgesamt wäre es daher vor allem im Hinblick auf die große Relevanz des Unterhaltsrechts⁶¹⁾ wünschenswert, wenn der Gesetzgeber anhand be-

stimmterer Leitkriterien zum Ausdruck bringen würde, wie er sich Unterhaltsbemessung vorstellt und auf welchen wirtschaftlichen Prämissen diese beruhen soll.⁶²⁾ Entscheidungen der Gerichte könnten so eher auf ihre inhaltliche Gesetzmäßigkeit hin überprüft werden.

Man darf davon ausgehen, dass alle diese Punkte bei den aktuellen Reformbestrebungen im BMJ ohnehin bereits auf der Agenda stehen. Verfahrensbeteiligte unterhaltsrechtlicher Streitigkeiten werden sich dadurch allerdings wohl kaum davon abhalten lassen, unterhaltsrechtliche Bestimmungen im Weg des Parteiantrags an den VfGH heranzutragen.

Peter Gruber,
WU Wien

land¹⁹ (2014) Art 20 Rn 59; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung (2006) 203f.

53) IdS *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek* 1a⁴ § 231 ABGB Rz 1.

54) *Papier/Möller*, AÖR 122 (1997) 177 (193).

55) VfGH G 165/2015 VfSlg 20.032, dazu *Stelzer*, ZfV 2017, 40; VfGH 11. 10. 2016, G 418/2015 (Gerichtsantrag); G 673/2015 immolex 2016, 367 (*Kothbauer*) = immolex 2016, 337 (*Rainer*) = wobl 2017, 79 (*Weber*), s dazu auch *Rosifka*, VbR 2017, 54, sowie *Knoll/Scharmer*, wobl 2016, 129; VfGH G 572/2015 NZ 2017, 102 (krit *Hofmann*) = iFamZ 2017, 17 (*Pesendorfer*); 14. 3. 2017, G 346/2016.

56) Siehe dazu schon *Öhlinger* in FS Thüer 565 (570) und *Öhlinger*, Unabhängigkeit der Gerichte – Zwei Seiten einer Medaille, RZ 2015, 83 (84).

57) *Rohregger*, Normprüfungsanträge durch Verfahrensparteien – Erste Erfahrungen aus Sicht der Rechtsanwaltschaft, RZ 2017, 66 (67).

58) *Pöschl*, Normprüfungsanträge durch Parteien – Die Entstehungsgeschichte und ihr verfassungsrechtlicher Kontext, RZ 2017, 56 (62); zur zahlenmäßigen Entwicklung s auch *Holoubek*, Parteiantrag auf Normenkontrolle – Erste Erfahrungen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, RZ 2017, 83.

59) Vgl *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ Vor § 231 Rz 1.

60) *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek* 1a⁴ § 231 ABGB Rz 1.

61) Vgl *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ Vor § 231 Rz 1.

62) Zur Notwendigkeit einer ökonomisch-empirischen Fundierung des Unterhaltsrechts s bereits *Tews*, Berechnung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsanspruchs, EF-Z 2016, 244 (247); s auch *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁶ 111.