

# TE OGH 2009/4/22 3Ob10/09f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.04.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie die Hofräte und Hofrätinnen Hon.-Prof. Dr. Sailer, Dr. Lovrek, Dr. Jensik und Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj. Merlin \*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, über den Revisionsrekurs des Vaters Melchior \*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, Niederlande, gegen den Beschluss des Landesgerichts St. Pölten als Rekursgericht vom 8. Oktober 2008, GZ 23 R 287/08s-U-55, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Haag vom 3. Juli 2008, GZ 1 P 49/05k-U-46, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Dem Erstgericht wird die neuerliche Entscheidung über den Antrag des Minderjährigen nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Revisionsrekursbeantwortung des Minderjährigen wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Der mj. Merlin, geboren im Frühjahr 2000, befindet sich in Pflege und Erziehung seiner Mutter, die im Sprengel des Erstgerichts wohnt. Er ist einkommens- und vermögenslos.

Der in den Niederlanden wohnende Vater, den keine weiteren Sorgepflichten treffen, erzielt als Selbständiger in der EDV-Branche ein in der Tagsatzung vom 10. Juni 2008 außer Streit gestelltes durchschnittliches Nettoeinkommen von monatlich 1.750 EUR. Er verpflichtete sich zur Zahlung eines vorläufigen Unterhaltsbetrags von 150 EUR monatlich. Ihm steht ein Besuchsrecht in der Zeit von 18.00 Uhr an jedem zweiten Freitag im Monat bis zum darauf folgenden Mittwoch nach der Schule und ab 18.00 Uhr desselben Mittwochs bis zum darauf folgenden Samstag 18.00 Uhr zu.

Die Parteien vereinbarten, dass das überdurchschnittliche Ausmaß des Besuchsrechts bei der Unterhaltsbemessung durch einen zehnpromzentigen Abzug zu berücksichtigen sei (ON S-29 = U-45).

Der Minderjährige begehrt zuletzt die Festsetzung des monatlichen Unterhalts vom 1. Oktober 2004 bis zum 31. Mai 2006 mit 250 EUR und ab 1. Juni 2006 mit 285 EUR.

Der Vater wendete zunächst ein, mit der Mutter vereinbart zu haben, die Pflege und Erziehung mit ihr gemeinsam zu bestreiten und kein Geld für den Unterhalt voneinander zu verlangen. Das habe in den Niederlanden auch funktioniert

bis die Mutter mit Merlin und einer weiteren Tochter im September 2004 nach Österreich umgezogen sei. Zur Einhaltung der Vereinbarung habe er in der Nähe von deren Haus eine Wohnung gemietet. Die Mutter habe für den Sohn monatlich nur 155 EUR - 182,50 EUR aufzuwenden, er dagegen 828,60 EUR. Weiters sei zu berücksichtigen, dass er durch die Reisezeiten und Aufenthaltszeiten in Österreich Einkommenseinbußen habe. In der Folge bezifferte er die Besuchskosten mit monatlich 1.000 EUR (ON U-19).

Das Erstgericht gab dem Antrag des Kindes zur Gänze statt (und hob außerdem die von ihm erlassene einstweilige Verfügung ON U-10a auf).

Das Gericht zweiter Instanz gab dem Rekurs des Vaters nicht Folge und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs im Hinblick auf die von der bisherigen Rechtsprechung abweichende Entscheidung 7 Ob 102/06k zulässig sei.

Der Oberste Gerichtshof habe in jener Entscheidung unter Berufung auf Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs ausgeführt, ein Unterhaltspflichtiger müsse seiner Besuchspflicht nachkommen können, ohne den eigenen Unterhalt gefährden zu müssen. Neumayr und Gitschthaler hätten dazu ausgeführt, dass die Berücksichtigung von überdurchschnittlichen Besuchskosten nicht erst bei einer ohne Unterhaltskürzung eintretenden Existenzgefährdung angebracht sei, vor allem dann, wenn die hohen Kosten durch einen unbegründeten Wegzug der Mutter mit dem Kind verursacht worden seien.

Im vorliegenden Fall wäre die Existenzgefährdung des Vaters zu bejahen. Bei einem außer Streit gestellten Nettoeinkommen von 1.750 EUR blieben abzüglich der behaupteten Besuchskosten von 1.000 EUR und des festgesetzten Unterhaltsbetrags von zuletzt 285 EUR nur noch 465 EUR und somit weniger als das Unterhaltsexistenzminimum von 653 EUR (nach der Existenzminimumbroschüre 2008). Auch bei den ursprünglich angegebenen Besuchskosten von 828,60 EUR verblieben dem Vater nur 636,40 EUR monatlich.

In der zitierten oberstgerichtlichen Entscheidung und den Stellungnahmen dazu sei noch nicht berücksichtigt worden, dass es bei entsprechend niedrigem Einkommen des Unterhaltspflichtigen zu einer für das Kind existenzgefährdenden Unterhaltskürzung kommen könnte. Hier liege der festgesetzte Unterhalt gerade noch im Bereich des als Mindestmaß der Bedürfnisse anzusehenden Regelbedarfs für sechs- bis zehnjährige Kinder. Bei einem am ehesten in Betracht kommenden Abzug der Besuchskosten von der Bemessungsgrundlage ergäbe sich fiktiv ein für den Unterhalt des Kindes verfügbarer Betrag von nur noch 97 EUR. Damit könnten die Lebensbedürfnisse eines Achtjährigen auch nicht annähernd befriedigt werden. Kollidierten Rechte und Pflichten in der Form, dass die Berücksichtigung von Besuchskosten zu einer existenzgefährdenden Schmälerung des Unterhalts (unter den Regelbedarf) führen müssten, sei die Existenzsicherung des Kindes vorrangig.

Die Erwägungen des Obersten Gerichtshofs berücksichtigten nicht, dass bei in Übersee lebenden Elternteilen auch nur einmalige Besuchskontakte im Monat in der Regel keinerlei Mittel für den Bedarf des Kindes übrig ließen. Auch bei einkommensschwachen in Österreich lebenden Unterhaltspflichtigen könnten etwa die Kosten für eine Bahnfahrt zwischen Innsbruck und Wien samt Nächtigungskosten von insgesamt 357,20 EUR zu einem freien Betrag führen, der unter der Pfändungsgrenze liege (etwa bei Einkommen von 1.000 EUR von ungelerten Arbeitskräften).

Es könne auch grundsätzlich niemandem das Recht verwehrt werden, in sein Heimatland zurückzukehren. Da der Unterhaltsanspruch dem Kind zustehe, sei das Rekursgericht gegenüber den Ansichten skeptisch, wonach relevant sein könne, welcher Elternteil die große Entfernung herbeigeführt habe. Zudem würde bei der Prüfung der Frage, wer dies verursacht oder gar verschuldet habe, das vom Rechtspfleger durchzuführende Unterhaltsverfahren von zum Teil höchst komplexen und von der Beweiswürdigung abhängigen Fragen überfrachtet. Daher sei das Rekursgericht nach wie vor der Auffassung, dass eine Berücksichtigung der Besuchsrechtskosten bei der Unterhaltsbemessung nicht in Betracht komme.

Der Vater macht in seinem Revisionsrekurs im Wesentlichen geltend, das Gericht zweiter Instanz stelle zur Überfrachtung des Unterhaltsverfahrens ihm nicht zustehende rechtspolitische Erwägungen an, die schon deshalb ins Leere gingen, weil ein Vorbringen über Stalking, Misshandlungen oder Ähnliches nicht erstattet worden sei; es übersehe, dass auch der andere Elternteil sowie die Großeltern subsidiär unterhaltspflichtig seien und letztlich Ansprüche auf Sozialhilfe bestünden. Hier wäre die Leistungsfähigkeit der Mutter zu prüfen, die die große Entfernung hergestellt habe. Die Minderung des Unterhalts aus diesem Grund sei ein Teil der Lebensverhältnisse von Kind und Vater iSd § 140 ABGB.

1. Die Frist zur Beantwortung des Revisionsrekurses beträgt nach § 68 Abs 1 zweiter Satz AußStrG vierzehn Tage. Dem Vertreter des mj. Merlin, dem Land Niederösterreich, vertreten durch die Bezirkshauptmannschaft Amstetten (Fachgebiet Jugendwohlfahrt), wurde der Revisionsrekurs des Vaters am 2. Dezember 2008 zugestellt. Die am 22. Dezember 2008 beim Erstgericht per Telefax eingebrachte Revisionsrekursbeantwortung ist daher verspätet. Sie ist zurückzuweisen (2 Ob 195/07a).

### **Rechtliche Beurteilung**

2. Der Revisionsrekurs ist aus den vom Rekursgericht angeführten Gründen zulässig und auch im Sinne der beantragten Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen berechtigt.

2.1. Vorauszuschicken ist, dass diese Gerichte zu Recht (ungeachtet der zwischen den Parteien strittigen Staatsangehörigkeit des mj Merlin) österreichisches Sachrecht angewendet haben. Nach Art I Abs 1 des sowohl von Österreich als auch den Niederlanden ratifizierten Haager Unterhaltsstatutabkommens (BGBl 1961/293) ist nämlich das Recht des Ortes des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes maßgebend (Barth/Neumayr in Klang<sup>3</sup> § 140 ABGB Rz 202). Verfahrensgegenstand sind nur Unterhaltsbeträge, die nach dem Umzug des Kindes nach Österreich fällig wurden.

2.2. Wie das Gericht zweiter Instanz zutreffend darlegte, können nach der bisher ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs Aufwendungen im Rahmen des üblichen Besuchsrechts die Unterhaltsbemessung nicht schmälern (RIS-Justiz RS0047505; Neuhauser in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 140 Rz 63 mwN der zweitinstanzlichen Rsp in FN 1006; ebenso Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>3</sup> 11; Hopf in KBB<sup>2</sup> § 140 Rz 12).

Ein die übliche Dauer (14tägiges Besuchsrecht zwei Tage am Wochenende zuzüglich vier Wochen Ferienbesuchsrecht: 6 Ob 20/97b) kann zu einer Reduzierung der Unterhaltsverpflichtung führen (RIS-JustizRS0047452). Dabei ist nicht von den Aufwendungen des Geldunterhaltspflichtigen, sondern ausschließlich von den ersparten Aufwendungen des betreuenden Elternteils auszugehen (8 Ob 1661/93; 2 Ob 293/03g; 8 Ob 62/04g; 10 Ob 11/04x). Bei einer Betreuung der Kinder durch den Vater im Ausmaß von ca einem Drittel der Zeit wurde eine Reduzierung seiner Unterhaltspflicht um 20 % vorgenommen (7 Ob 178/06m).

2.3. Abgesehen von einer reichen Kasuistik zum Thema, welche Ausgaben des Unterhaltspflichtigen einen Abzug von der für den Prozentunterhalt heranzuziehenden Bemessungsgrundlage rechtfertigen, hat der Oberste Gerichtshof allgemein ausgesprochen, dass nur jene Aufwendungen die Unterhaltsbemessungsgrundlage verringern können, die auch ein „maßstabgerechter“ Familienvater unter Berücksichtigung seiner Einkommensverhältnisse sowie der Bedürfnisse der Unterhaltsberechtigten machen würde (3 Ob 2200/96t; 5 Ob 60/97b). Allgemeiner wurde entschieden, dass ein Unterhaltspflichtiger Änderungen in seinen Lebensverhältnissen, die mit Einschränkungen seiner Unterhaltspflichtigen verbunden wären, nur insoweit vornehmen darf, als dies bei gleicher Sachlage ein pflichtbewusster Familienvater täte (RIS-Justiz RS0047590).

2.4. Seit Inkrafttreten des KindRÄG 2001 (BGBl I 2000/135) ist in § 148 Abs 1 ABGB ausdrücklich auch das Recht des Kindes, das mit einem Elternteil nicht in gemeinsamem Haushalt lebt, verankert, mit diesem persönlich zu verkehren („Besuchsrecht“) was der schon davor ergangenen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs entspricht (3 Ob 264/03z mwN). Es handelt sich dabei um ein Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung, das auch unter dem Schutz des Art 8 EMRK steht (Hopf aaO § 148 ABGB Rz 1 mwN; 7 Ob 102/06k = iFamZ 2006/71, 200 [Neumayr] = EF-Z 2006/51, 91 [Tews, Gitschthaler]; 2 Ob 26/07y). Wie auch aus den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des KindRÄG hervorgeht, die im Einklang mit Lehre und Rechtsprechung stehen, entspricht es der allgemein anerkannten psychologischen und soziologischen Erkenntnis, dass die Aufrechterhaltung ausreichender persönlicher Kontakte zwischen dem Kind und dem Elternteil, bei dem es nicht lebt, für die weitere Entwicklung des Kindes von besonderer Bedeutung ist (9 Ob 201/02b mwN; 3 Ob 264/03z). Daher korrespondiert mit diesem Recht einerseits die Pflicht des betreuenden Elternteils, das Kind für Besuche bereit zu halten und auf den Besuch einfülsam vorzubereiten (Hopf aaO Rz 8 mwN), andererseits aber auch die Pflicht des anderen Elternteils zu persönlichem Verkehr, wie der Oberste Gerichtshof schon zur früheren Rechtslage erkannte (6 Ob 2398/96g mwN; 7 Ob 345/99g). Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass der Vater nicht nur ein - in den Modalitäten mittlerweile einvernehmlich geregelter - Recht in

Anspruch nimmt, sondern auch seine ihm nach österreichischem Recht gesetzlich auferlegte Pflicht ausübt. Dass die Sanktionierung dieser Pflicht nur indirekt erfolgt (§ 108 AußStrG; § 178 Abs 3 zweiter Satz, § 773a Abs 3 ABGB), tut in diesem Zusammenhang nichts zur Sache.

Die Anwendbarkeit österreichischen Rechts folgt aus § 25 Abs 2 IPRG; zutreffend ging der Vertreter des Kindes aufgrund der unehelichen Abstammung von der Mutter mit unstrittig österreichischer Staatsbürgerschaft (§ 7 Abs 3 StbG) von der zumindest auch gegebenen österreichischen Staatsbürgerschaft des Kindes aus, die somit nach § 9 Abs 1 zweiter Satz IPRG einer allfälligen weiteren (der Niederlande) jedenfalls vorginge.

2.5. In der vom Gericht zweiter Instanz ausdrücklich abgelehnten Entscheidung vom 21. Juni 2006 AZ Ob 102/06k (= iFamZ 2006/71, 200 [Neumayr] = EF-Z 2006/51, 91 [Tews, Gitschthaler]) hebt der Oberste Gerichtshof in einem Fall gemeinsamer Obsorge - neben der ausschlaggebenden Bedeutung des Kindeswohls - zunächst die Elternpflicht, mit dem Kind Kontakt zu pflegen, hervor. Unter Berufung auf ältere Entscheidungen (und deren Anführung durch Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>1</sup> Rz 45) wird weiter ausgeführt, nach ganz herrschender Meinung gehörten die Kosten des Verkehrs des Kindes mit einem nicht sorgeberechtigten Elternteil und des Aufenthalts bei diesem zu den Kosten des Unterhalts. Das gelte bei gemeinsamer Obsorge auch für den Elternteil bei dem das Kind nicht den „hauptsächlichen Aufenthalt“ habe. Daran, dass bei einer üblichen Besuchsrechtsregelung durch größere Entfernung entstehende Fahrtkosten die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht zu schmälern vermöchten, habe sich durch die Novellierung des § 148 ABGB nichts geändert, so lange der zum Besuch berechtigte bzw verpflichtete Elternteil die dafür anfallenden Kosten ohne Gefährdung des eigenen Fortkommens zu tragen vermöchte. Bei vergleichbarer Rechtslage und auch -änderung habe der Bundesgerichtshof an seiner früher mit der österreichischen vergleichbaren Rechtsprechung nicht uneingeschränkt festgehalten. Da das Unterhaltsrecht dem Unterhaltspflichtigen nicht die Möglichkeit nehmen dürfe, sein Umgangsrecht zur Erhaltung der Eltern-Kind-Beziehung auszuüben, seien die damit verbundenen Kosten konsequenterweise unterhaltsrechtlich dann zu berücksichtigen, wenn und soweit sie nicht anderweitig, insbesondere nicht aus dem anteiligen Kindergeld, bestritten werden könnten und der Unterhaltspflichtige andernfalls wegen der betreffenden Kosten Leistungen der Sozialhilfe in Anspruch nehmen müsste. Die angemessenen Kosten des Umgangs eines barunterhaltspflichtigen Elternteils mit seinem Kind könnten dann zu einer maßvollen Erhöhung des Selbstbehalts oder einer entsprechenden Minderung des unterhaltsrelevanten Einkommens führen, wenn dem Unterhaltspflichtigen das anteilige Kindergeld gemäß § 1612b BGB ganz oder teilweise nicht zugute komme und er die Kosten nicht aus den Mitteln bestreiten könne, die ihm über den notwendigen Selbstbehalt hinaus verblieben. Diesen Erwägungen sei sinngemäß auch für den österreichischen Rechtsbereich beizupflichten: Ein unterhaltspflichtiger Elternteil müsse seiner Besuchspflicht nachkommen können, ohne den eigenen Unterhalt gefährden zu müssen. Eine den Unterhalt des Vaters gefährdende Situation war aber nach Auffassung des siebten Senats im von ihm zu beurteilenden Fall nicht gegeben. Dass der Vater nicht dazu in der Lage wäre, die Fahrtkosten ohne Gefährdung seines eigenen Fortkommens aufzubringen und er daher ohne Unterhaltskürzungen auf Leistungen der Sozialhilfe angewiesen wäre, treffe nach der festgestellten Einkommenssituation des Vaters nicht zu.

Gitschthaler interpretierte diese Entscheidung in seiner Anmerkung zur Veröffentlichung in EF-Z 2006/51 dahin, dass danach nach Abzug der Besuchsrechtskosten dem geldunterhaltspflichtigen Elternteil noch ein Betrag verbleiben müsse, der etwa in der Höhe des Existenzminimums bzw des Ausgleichszulagenrichtsatzes liege. Der Entscheidung sei nicht zu entnehmen, wer die Distanz zwischen den Wohnorten verursacht habe, was bei einem nicht durch das Kindeswohl zwingend geforderten Wegzug der Mutter nicht dazu führen dürfe, die gesamte Erhöhung der Besuchskosten dem Vater anzulasten; keine Bedenken bestünden im Hinblick auf die Anspannungstheorie bei Wegzug des Vaters.

Nach Neumayr (in der Anmerkung zu [i]FamZ 2006/71) müsse, auch wenn durchaus verständlich sei, dass der Oberste Gerichtshof die Tore für eine Anrechnung der Kosten der Besuchsrechtsausübung nur wenig öffnen wolle, doch die Grundaussage in Zweifel gezogen werden, dass eine Anrechnung nur möglich sei, wenn der betreuende Elternteil durch die Aufwendung finanziell entlastet wird, was bei Fahrtkosten nicht der Fall sei. Der betreuende Elternteil dürfe die Kontakte zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil zumindest nicht aus eigenen Motiven be- und verhindern. Ziehe er beispielsweise aus nicht vom Kindeswohl geforderten Gründen sehr weit vom bisherigen Wohnort weg, läge ein Grund vor, eine vergleichsweise Unterhaltsfestlegung abzuändern, die auf der bisherigen örtlichen Situation basierte. Die Entscheidung gehe an diese Problematik wenig ausdifferenziert heran; in Wirklichkeit werde die

Anrechnung von Besuchskosten - von ungewöhnlichen Konstellationen abgesehen - abgelehnt. In Klang<sup>3</sup> (§ 140 Rz 123) führt Neumayr allgemeiner aus, es müsse über die referierten Erwägungen des Obersten Gerichtshofs hinaus auch berücksichtigt werden, ob der betreuende Elternteil mit den Kindern „weggezogen“ sei oder umgekehrt.

2.6. Anders als der vom siebten Senat entschiedene Fall ist der vorliegende dadurch gekennzeichnet, dass der geldunterhaltspflichtige Vater ausgehend von seinen bisher ungeprüften Behauptungen nach Zahlung des festgesetzten Unterhalts und unter Berücksichtigung seiner Besuchskosten nur noch weniger als 500 EUR für seinen eigenen Unterhalt zur Verfügung hätte, was denselben zweifellos gefährden würde. Da nach Auffassung des erkennenden Senats entgegen der zweitinstanzlichen Rechtsansicht grundsätzlich den Erwägungen der an der deutschen Judikatur orientierten Entscheidung 7 Ob 102/06k zu folgen ist, wie sogleich darzulegen ist (unten 2.7.), erweist sich eine Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen als unumgänglich, weil jedenfalls Feststellungen dazu erforderlich sind, ob die Behauptungen des Vaters über die Kosten der Besuchsrechtsausübung in einem solchen Ausmaß zutreffen, dass man von einer Gefährdung seines Unterhalts sprechen könnte.

2.7. Auch wenn an den Grundlinien der Rechtsprechung zu Kosten der Ausübung eines Besuchsrechts im üblichen Ausmaß festzuhalten ist - das Übermaß wurde hier ohnehin einverständlich durch einen zehnpromzentigen Abzug berücksichtigt -, steht das Grundrecht des Kindes auf Verkehr auch mit dem getrennt lebenden Elternteil und die damit korrespondierende Rechtspflicht desselben der Unbeachtlichkeit derartiger Kosten auch dann entgegen, wenn deren Ausmaß zwingend entweder zur Verhinderung des Kontakts oder zu einer Gefährdung des Unterhalts des Elternteils führen muss. In der Mehrzahl der Fälle rechtfertigt das Prinzip, dass übliche Ausgaben des täglichen Lebens keinen Abzug von der Bemessungsgrundlage erlauben, das Grundprinzip dieser Rechtsprechung. Ausflugsfahrten in eine nicht allzu ferne Umgebung in 14-tägigem Rhythmus und gewisse Mehrkosten für Verpflegung und allenfalls Nächtigung (mit dem Kind) sind nicht ungewöhnlich und würden auch ohne das Bestehen der Eltern-Kind-Beziehung regelmäßig unternommen werden. Bei exorbitanten Kosten der Besuchsrechtsausübung kann von solchen üblichen Aufwendungen aber nicht mehr gesprochen werden. Dort ist wegen der konkurrierenden Pflichten (Besuch - Unterhalt) eine behutsame Abwägung erforderlich, in die auch ein unter Umständen anzugreifendes Vermögen des Unterhaltspflichtigen (Hopf aaO § 140 Rz 14 mwN), der subsidiär unterhaltspflichtige andere Elternteil und in Grenzfällen (Missbrauchsfällen) der Grund für die räumliche Trennung einzubeziehen sind. Dass der Unterhaltspflichtige zur Aufrechterhaltung des Kontakts mit seinem Kind Lebensverhältnisse unter der Armutsgrenze akzeptieren müsste, kann dem Zweck der konkurrierenden Verpflichtungen nicht entnommen werden.

Der zweiten Instanz ist entgegenzuhalten, dass es grundsätzlich nicht darauf ankommen kann, wo der zum Geldunterhalt Verpflichtete seinen ständigen Aufenthalt hat, weshalb im Prinzip dasselbe für alle gelten müsse, die nur mit im Verhältnis zu ihrem Einkommen übermäßigen Kosten ihrer Besuchspflicht nachkommen können.

2.8. Grundsätzlich zuzustimmen ist ihr dagegen, dass es der Mutter bzw. allgemein dem obsorgeberechtigten Elternteil nicht verwehrt werden kann, sich nicht nur vom anderen zu trennen, sondern auch an einem anderen Ort (der nicht notwendig, de facto aber häufig im Heimatstaat liegt) niederzulassen. Damit übt der Sorgeberechtigte ja nur sein Grundrecht der Freizügigkeit aus (Art 4 Abs 1 [und Art 6 Abs 1 - Ergänzung des nunmehr erkennenden Senats] StGG; Art 2 Abs 2 des 4. ZProtMRK). Zur Wohnsitzverlegung von Unterhaltspflichtigen hat der Oberste Gerichtshof bereits dargelegt, dass von diesem Grundrecht trotz bestehender Unterhaltspflicht nicht abgerückt werden kann; mangels eines Anhaltspunkts für die Annahme, dieser habe den Wohnsitz(-und Arbeitsplatz-)wechsel zur Umgehung seiner Unterhaltspflichten vorgenommen, kann er auch nicht auf ein anderswo erzielbares Einkommen angespannt werden (1 Ob 130/04f). Demnach ist den Erwägungen Neumayrs (in seiner Anm zu [i]FamZ 2006/71), die sich ausdrücklich auch nur mit dem Einfluss des Wegziehens auf die Höhe eines allenfalls zwischen den Eltern vereinbarten Kindesunterhalts befassen, jedenfalls für den hier gegebenen Sachverhalt (vom Vater behauptete Vereinbarung, keinen Unterhalt zu fordern), nicht näherzutreten. Dass die Trennung der Eltern eine Änderung der Verhältnisse bedeutet, welche die hier behauptete Vereinbarung jedenfalls hinfällig machen muss, bedarf keiner näheren Begründung. Aus dem Recht auf Wohnsitzwechsel folgt aber keineswegs, dass vom Wegziehen von (in casu) Mutter und Kind das Ausmaß der Unterhaltspflicht in jedem Fall unberührt bleiben muss. Insoweit ist den angeführten Stellungnahmen von Neumayr und Gitschthaler zu folgen. Da ein Lebensgefährte weder ein Recht darauf hat, dass der andere Teil auf Dauer bei ihm bleibt, noch darauf, dass dieser nach der Trennung in der Nähe des bisherigen Wohnorts Aufenthalt nimmt, kann auch nicht gefunden werden, dass sich außer in Härtefällen das Ausmaß der Unterhaltspflicht nicht erhöhen dürfe.

2.9. Ob in Grenzfällen dem „verlassenen“ Unterhaltspflichtigen der Einwand, er könne wegen der hohen Kosten der

Besuchsrechtsausübung nicht mehr den ohne deren Berücksichtigung zustehenden Unterhalt des Kindes leisten, überhaupt zu versagen wäre, ist hier ohne dafür sprechende Anhaltspunkte nicht von Amts wegen zu prüfen. Dass eine solche Prüfung („höchst komplexer Fragen“) durch Rechtspfleger das Pflegschaftsverfahren „überfrachten“ könnte, kann entgegen der Ansicht der zweiten Instanz bei der Beurteilung der materiellen Rechtslage keine Rolle spielen (s auch § 9 Abs 1 erster Satz RPfG). Welche Rechtsfolgen es hat, wenn der Unterhaltspflichtige selbst seinen Wohnsitz in eine solche Entfernung vom bisherigen verlegt, wodurch er sein Recht und seine Pflicht auf persönlichen Verkehr mit seinem Kind nur mit sehr hohem Aufwand ausüben kann, ist eine hier nicht zu lösende theoretische Frage.

2.10. An sich völlig richtig ist die Erwägung des Rekursgerichts, es dürfe nicht übersehen werden, dass es um einen Unterhaltsanspruch des Kindes (und nicht um die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Eltern) geht. Das bedeutet aber nicht, dass die Trennung der Eltern keinesfalls unterhaltsmindernde Folgen haben kann. Das ist auch sonst - ohne die Komponente großer räumlicher Entfernung - der Fall, etwa, wenn bei verheirateten oder voneinander geschiedenen Eltern dem Obsorgeberechtigten ein mit dem des Kindes konkurrierender Anspruch auf Geldunterhalt zusteht oder wenn der Unterhaltspflichtige eine neue Ehe eingeht und/oder weitere Sorgepflichten entstehen lässt. Erfüllt der Vater eine kostspielige Rechtspflicht, dann kann das nicht ohne Einfluss auf seine Unterhaltungspflicht bleiben.

2.11. Inwieweit es zu einer Verminderung des zu leistenden Unterhalts kommt, hängt aber von streng zu prüfenden Faktoren ab. Schon die Anspannungspflicht gebietet es, dass der Vater seine Kosten der Besuchsrechtsausübung so gering wie möglich hält. Es wird im konkreten Fall daher zu erörtern und allenfalls zu überprüfen sein, ob er - ausgehend von dem in der Judikatur wiederholt als Maßstab herangezogenen pflichtgetreuen Elternteils (RIS-Justiz RS0047421) - tatsächlich die Kosten seiner Aufenthalte in der Nähe der Wohnung von Mutter und Kind sowie die Aufwendungen für die Reise auf das Notwendigste reduziert, ob also etwa die Kosten der Unterkunft nicht höher sind, als zur Unterbringung von Kind und Vater in zeitgemäßem Komfort nötig. Auch eine Prüfung seines Vermögens wird erforderlich sein, weil er dieses angreifen müsste, wenn ihm das zumutbar wäre (RIS-Justiz RS0047470; RS0047494; 4 Ob 557/94).

2.12. Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass der erkennende Senat aus den dargelegten Gründen der in der zitierten Entscheidung 7 Ob 102/06d vertretenen Auffassung beitrifft, dass ein unterhaltspflichtiger Elternteil seiner Besuchspflicht nachkommen können muss, ohne den eigenen Unterhalt zu gefährden (zur Höhe des zu belassenden, nach richterlichem Ermessen zu ermittelnden Existenzminimums Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup>, Rz 268 mwN). Wenn im zweiten Rechtsgang Besuchskosten festgestellt werden sollten, die nur 800 EUR oder darunter ausmachen, stellen sich keine weiteren Rechtsfragen, weil dann beim festgestellten monatlichen Einkommen von 1.750 EUR nach Abzug des bekämpften Unterhaltsbeitrags von 285 EUR sowie der Besuchskosten die Belastbarkeitsgrenze nicht überschritten wird.

3. Nur wenn die tatsächlich unumgänglichen Besuchskosten iSd Behauptungen des Vaters monatlich 1.000 EUR ausmachen, werden die Vorinstanzen eine Abwägung der Interessen des Kindes vorzunehmen haben. Erst dann stellt sich die Frage, wie sowohl die materiellen Bedürfnisse des Kindes als auch sein Recht auf persönlichen Verkehr mit dem nicht betreuenden Elternteil befriedigt werden können und ob letzteres Recht allenfalls zurücktreten muss. Dazu ist Folgendes auszuführen:

3.1. Das Kind hat Anspruch auf die Deckung beider Bedürfnisse. Wenn der geldunterhaltspflichtige Elternteil auch bei Anspannung seiner Kräfte und unter Reduzierung seiner eigenen Bedürfnisse auf das Existenzminimum nicht in der Lage ist, sowohl den nach der Prozentkomponente ermittelten Geldunterhalt zu leisten als auch die Besuchskosten zu tragen, entspricht es dem Wohl des Kindes, den Geldunterhalt in gewissen Grenzen zu reduzieren, um so den Besuchskontakt zu ermöglichen. Die Reduzierung wird jedenfalls immer dort gerechtfertigt sein, wo der Geldunterhalt über dem Regelbedarf liegt oder diesen zumindest erreicht. Eine nach richterlichem Ermessen vorzunehmende maßvolle Reduktion des Geldunterhalts führt zwar zu einer Reduzierung des sonst gegebenen Lebensstandards des Kindes. Genau dazu kommt es aber auch bei einer intakten Familie, wenn beispielsweise der Vater als Monteur im Ausland arbeitet und berufsbedingt nur an Wochenenden in den Familienhaushalt zurückkehren kann. Selbstverständlich nimmt dann eine solche Familie einen erhöhten Reiseaufwand zu Lasten des zur Verfügung stehenden Haushaltsbudgets in Kauf, um so den persönlichen Kontakt aufrecht zu erhalten. Auch in solchen Fällen steht für die materiellen Bedürfnisse des Kindes weniger Geld zur Verfügung.

3.2. Wenn ein „maßstabgerechter“ Familienvater auch unter Anspannung seiner Kräfte bis zur schon erläuterten Belastbarkeitsgrenze das Bedürfnis des Kindes nach persönlichem Verkehr nicht decken kann, hat nicht nur das Kind durch Reduzierung seiner materiellen Bedürfnisse einen Betrag zu leisten. In einer „maßstabgerechten“ Familie würde auch der haushaltsführende Elternteil seinen Beitrag durch Reduzierung der eigenen Bedürfnisse (Konsumverzicht) leisten, auch wenn dieser Elternteil grundsätzlich schon durch die Haushaltsführung und Kindesbetreuung seiner Unterhaltspflicht voll entspricht (§ 140 Abs 2 erster Satz ABGB). Mit einem darüber hinausgehenden Beitrag entspricht der haushaltsführende Elternteil in einer intakten Familie im Ergebnis der subsidiären Unterhaltspflicht des § 140 Abs 2 ABGB. Ein solcher Beitrag kann auch im hier zu beurteilenden Fall von der haushaltsführenden Mutter jedenfalls dann verlangt werden, wenn sie über ein entsprechendes Eigeneinkommen verfügte (was festzustellen sein wird) und nicht schon durch eine maßvolle Reduzierung des Geldunterhalts (der materiellen Bedürfnisse) des Kindes (unter Außerachtlassung einer Subsidiärverpflichtung der Mutter) der Besuchskontakt ermöglicht werden kann.

3.3. Im Rahmen des Aufhebungsbeschlusses sind nicht Lösungen für alle hypothetisch möglichen Fälle zu suchen. Es ist nur eine Orientierungshilfe für konkret erwartbare Sachverhalte zu geben. Klar zu stellen ist, dass es hier nicht um die Finanzierung hoher Besuchskosten eines einkommenslosen oder einkommensschwachen Vaters durch eine nur subsidiär zu Geldunterhalt verpflichtete, das Kind betreuende Mutter geht. Zu lösen ist vielmehr nur die grundsätzliche Frage, ob der Geldunterhaltsanspruch des Kindes reduziert werden darf, damit der persönliche Verkehr zum Vater in der vereinbarten und dem Wohl des Kindes entsprechenden Art durchgeführt werden kann. Im Sinne der gegebenen Erläuterungen kann der Geldunterhalt maßvoll auch unter dem Regelbedarf festgesetzt werden, wobei die Reduktion um so höher ausfallen kann, wenn der betreuende Elternteil über ein Eigeneinkommen verfügt, das ihn in die Lage versetzt, die Fehlbeträge zur weitgehenden Aufrechterhaltung des Lebensstandards des Kindes auszugleichen. Das Ausmaß der Reduktion ist von den noch festzustellenden Umständen des Einzelfalls abhängig. Die im Unterhaltsrecht in verschiedenen Bereichen gegebenen Orientierungshilfen (Unterhaltsfestsetzung nach Prozentsätzen der Bemessungsgrundlage: RIS-Justiz RS0057284; Selbsterhaltungsfähigkeit nach dem Richtsatz für die Ausgleichszulage: RS0047578; Belastbarkeitsgrenze nach den Bestimmungen der EO:RS0047455) sind Hilfen für Durchschnittsfälle, um vergleichbare Fälle annähernd gleich zu behandeln (RS0057284). Ein für alle Fälle konzipiertes Berechnungssystem muss bei atypischen Verhältnissen scheitern (vgl 3 Ob 43/08g). Die hier zu beurteilenden Verhältnisse weichen vom „Normalfall“, bei dem die Tragung der durch die Entfernung der Wohnsitze verursachten Kosten der Besuchskontakte dem Besuchsberechtigten zugemutet werden können, ab. Hier kann der Geldunterhalt nur mit Augenmaß nach richterlichem Ermessen erfolgen.

3.4. Nur wenn nach diesen Kriterien eine Minderung des Geldunterhalts nicht möglich wäre, stellt sich die Frage, welchem der beiden Bedürfnissen des Kindes Vorrang zukommt:

Dieser Konflikt kann nun entgegen der Ansicht des Vaters nicht einfach dadurch gelöst werden, dass man seine Unterhaltsverpflichtung massiv kürzt und das Kind damit auf staatliche Sozialleistungen (der einkommenslosen Mutter) verweist. Kommt es zu keiner der vorrangigen Lösungen wird es letztlich dem Vater obliegen, das Maß seiner Besuchsrechtsausübung derart zu wählen, dass er einerseits den Kontakt mit seinem Sohn so weit wie möglich aufrecht erhält und andererseits dennoch seinen eigenen Lebensunterhalt bestreiten kann. Ein Vorrang des Rechts auf persönlichen Verkehr kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Vorrangig ist allein das Wohl des Kindes, dem selbstverständlich auch die Unterhaltspflicht der Eltern dient, auch wenn es nur in § 148 ABGB ausdrücklich genannt wird. Rechtfertigt nun unter Umständen das Verhalten des zum persönlichen Verkehr berechtigten Elternteils oder sonst ein dem Wohl des Kindes abträglicher Umstand sogar den gänzlichen Entzug des Besuchsrechts (§ 148 Abs 2 ABGB), was zwangsläufig das korrespondierende Recht des Kindes beeinträchtigt, muss auch in anderen extremen Fällen die durch solche Erwägungen des Gesetzgebers nicht eingeschränkte Unterhaltspflicht vorgehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nur die tatsächliche oder zumindest hypothetische Selbsterhaltungsfähigkeit, nicht aber sonst ein schuldhaftes Verhalten eines Kindes seinen Unterhaltsanspruch beenden oder einschränken kann; eine Verwirkung ist grundsätzlich ausgeschlossen; nur Fehlverhalten in einem auch den Pflichtteilsentzug rechtfertigenden Ausmaß könnte zu einer Beschränkung auf das notdürftige Maß führen (RIS-Justiz RS0047504; Stabentheiner in Rummel<sup>3</sup> § 140 ABGB Rz 15 mwN). Dieser aus dem Gesetz ableitbare Vorrang des Unterhaltsanspruchs gegenüber dem Recht auf persönlichen Verkehr lässt es nicht zu, ersteren zu Lasten des letzteren in größerem Ausmaß als schon dargelegt einzuschränken.

Demnach ist dem Revisionsrekurs des Vaters Folge zu geben. Das Erstgericht wird die aufgezeigten Erhebungen nach Erörterung mit den Eltern durchzuführen haben.

**Textnummer**

E90626

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0030OB00010.09F.0422.000

**Im RIS seit**

22.05.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

20.02.2012

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

© 2024 JUSLINE

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

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