

Unterhaltsrechtliche Anspannung in der Mütter/ Väterkarenz

Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Magisters der Rechtswissenschaften an der Karl- Franzens- Universität Graz

Eingereicht bei:

Univ.-Prof. Dr. iur. Susanne Ferrari
Institut für Zivilrecht, Ausländisches & Internationales Privatrecht
der Karl-Franzens-Universität Graz

von

Patrick NEUBAUER

September, 2011

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht verwendet und die den benützten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Ort, Monat Jahr

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	1
2	Was ist Anspannung?	3
2.1	Allgemeines	3
2.2	Unterhaltsbemessung/Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners.....	4
2.3	Verwendung des Anspannungsgrundsatzes in der Praxis.....	4
2.4	Verschulden als Voraussetzung.....	5
2.5	Beweislast.....	5
2.6	In der Rechtsprechung entwickelte Rechtsansichten/ Rechtsmeinungen.....	5
3	Anspannung in der Väterkarenz	7
3.1	Einleitung.....	7
3.2	Anspannung auf das fiktive Einkommen, als allgemeiner Grundsatz	7
3.3	Recht auf Karenz?.....	8
3.4	Berücksichtigung des fiktiven Unterhaltsanspruchs nach § 94 Abs. 2 ABGB.....	10
3.5	Anspannung nur auf den angemessenen Unterhalt?	11
3.6	Berücksichtigungswürdige Umstände, Gründe	15
4	Kinderbetreuungsgeld und Karenzurlaubsgeld	17
4.1	Kinderbetreuungsgeld nach dem Kinderbetreuungsgeldgesetz KBGG.....	17
4.1.1	Modelle des pauschalierten Kinderbetreuungsgeldes.....	17
4.1.2	Zuverdienstgrenze beim pauschalierten Kinderbetreuungsgeld	18
4.1.3	Einkommensabhängiges Kinderbetreuungsgeld	19
4.1.4	Höhe des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes.....	20
4.1.5	Bezugsdauer des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes.....	21
4.1.6	Zuverdienstgrenze beim einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeld.....	21
4.2	KinderbetreuungsgeldbezieherInnen und gleichzeitige Erwerbstätigkeit	22
4.3	Karenzurlaubsgeldgesetz – KUG.....	24
5	„Mittelbare“ Unterhaltsverpflichtung?	25
6	Anspannung in der Mütterkarenz	31
6.1	Allgemeine Grundsätze und Rechtsansichten.....	31
6.2	Anspannung der Mütter während der Karenz?	31
6.3	Ausschluss der Anspannung bei Müttern, wenn sie ein noch nicht drei Jahre altes Kind betreuen?	32
6.4	Das Kinderbetreuungsgeld ist in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen?	33
6.5	OGH- handhabe bei geldunterhaltspflichtigen Müttern, die sich in Karenz befinden.....	35
6.6	Anspannung für den Zeitraum des Beschäftigungsverbotes nach der Geburt des Kindes nach dem Mutterschutzgesetz.....	37
7	Unterschiede bei der Anspannung von Müttern und Vätern	39

7.1	Verdeutlichung der Unterschiede anhand eines Falles.....	39
7.1.1	Betreuung durch eine Tageseinrichtung, wobei beide Elternteile arbeiten	41
7.1.2	Betreuung durch die Mutter	42
7.1.3	Betreuung durch den Vater.....	45
7.1.4	Teilweise Betreuung durch eine Tageseinrichtung, wobei ein Elternteil voll und der andere Teilzeit erwerbstätig ist.....	49
7.1.5	Widerspruch dem Gesetz/ der Rechtsmaterie nach bei der unterschiedlichen Anwendung des Anspannungsgrundsatzes.....	52
7.2	Entwicklungspsychologische Aspekte die Anspannung betreffend/ Bindung	53
7.3	Erste Erkenntnisse unter Einbeziehung der Bindungswissenschaft.....	55
7.4	Auswirkungen von Kinderbetreuungseinrichtungen auf die Entwicklung des Kleinkindes ..	56
8	Lösungsvorschlag für die Anspannung in der Mütter- und Väterkarenz unter Einbezug psychologischer Forschungsergebnisse und der Berücksichtigung der Gleichbehandlungspflicht	60
9	Schlussbemerkung.....	65
10	Bibliographie.....	66
10.1	Lehrbücher	66
10.2	Monographien.....	66
10.3	Kommentare.....	66
10.4	Aufsätze	66
10.5	Gesetzesmaterialien.....	66
10.6	Internetquellen.....	66
10.7	Entscheidungen	67

Abkürzungsverzeichnis:

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
EheG	Ehegesetz
EO	Exekutionsordnung
KBGG	Kinderbetreuungsgeldgesetz
KUG	Karenzurlaubsgeldgesetz
MSchG	Mutterschutzgesetz
VKG	Väter-Karenzgesetz

1 Einleitung

Diese Diplomarbeit befasst sich mit der österreichischen Unterhaltsbemessung im Fall der Karenzierung, im Besonderen mit der Möglichkeit der Anspannung des Unterhaltsschuldners/ der Unterhaltsschuldnerin während der Betreuung eines Kleinkindes/ Säuglings. Unterhaltspflichten können gegenüber den Kindern, dem geschiedenen Ehepartner oder der Ehefrau bestehen.

Diese Arbeit beleuchtet nur den Kindesunterhalt, aber auf vielfältige Weise. Dabei werden die dazu entwickelten Rechtsprechungen eingehend dargelegt, wobei auf eine Vielzahl von Entscheidungen zurückgegriffen wird.

Zuerst wird ein kurzer allgemeiner Überblick über die Anspannung gegeben: Was man darunter zu verstehen hat, sowie die Voraussetzungen. Diese sind allgemeiner Natur und beziehen sich daher nicht nur auf den Fall der Karenz.

Danach geht die Arbeit unmittelbar auf die Karenz ein. Unter Zuhilfenahme zahlreicher Entscheidungen werden hier die dazu entwickelten Rechtsauffassungen aufgezeigt. Dazu wurde eine Trennung zwischen Mütter- und Väterkarenz vorgenommen, wobei die Väterkarenz zuerst rechtlich behandelt wird. Es werden die von der Rechtsprechung geschaffenen Rechtsansichten, deren Ausnahmen und Überlegungen, die sich im Laufe der Zeit entwickelt haben, dem Geschlecht nach, gesondert dargelegt. Dabei wird auch unter anderem ein Exkurs zur mittelbaren Unterhaltspflicht unternommen. Um das Thema „Anspannung in der Karenz“ umfassend beleuchten zu können, und sich so ein Gesamtbild zu verschaffen, bzw. ein Gefühl für diese Materie zu bekommen, werden die rechtlichen Bestimmungen für den Bezug von Kinderbetreuungsgeld, deren Modelle und Zuverdienstgrenzen aufgezeigt.

Danach werden die Unterschiede, die sich im Hinblick auf die Mütterkarenz zur Väterkarenz gezeigt haben, in einem eigenen Kapitel anhand eines von mir konstruierten Falles dargelegt. Dabei soll die finanzielle Belastung der Familie durch die Anwendung der Anspannungstheorien, bei unterschiedlichen Konstellationen gezeigt werden.

In der weiteren Folge werden die Unterschiede, die die Rechtsprechung bei der Anwendung der Anspannungstheorie dem Geschlecht nach geschaffen hat, entwicklungspsychologisch behandelt. Dazu wird die Relevanz der Mutter /des Vaters, eben der primären Bezugsperson, für die Entwicklung des Kindes aufgezeigt und die Unterschiede zwischen den beiden Geschlechtern psychologisch dargelegt. In einem weiteren Schritt wird dann untersucht, wie sich die Unterbringung des Kleinkindes in einer dafür geeigneten Betreuungseinrichtung auf die zukünftige Entwicklung des Kindes auswirkt.

Abschließend wird ein Lösungsvorschlag vorgebracht, der auf den durch die Gerichte entwickelten Rechtsauffassungen aufbaut, unter Einbeziehung der psychologischen Erkenntnisse auf Basis der Gleichbehandlung des/ der Unterhaltspflichtigen im Bezug auf die Anspannung während der Karenz.

2 Was ist Anspannung?

2.1 Allgemeines

Nach dem Gesetz haben die Eltern ihren Kindern gegenüber die Pflicht, zur Deckung derer Lebensverhältnisse nach ihren Kräften beizutragen. Diese Obliegenheit ergibt sich aus § 140 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (im Folgenden: nur ABGB genannt)¹. Der Unterhaltspflichtige hat die Pflicht, alle seine persönlichen Fähigkeiten, das ist insbesondere seine Arbeitskraft, so gut als möglich einzusetzen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, werden jene Einkünfte herangezogen, die er bei einer zumutbaren Erwerbstätigkeit hätte erzielen können.² Verdient der Unterhaltspflichtige weniger als er unter Ausschöpfung seiner Möglichkeiten, also Anspannung seiner Kräfte, zu erzielen in der Lage wäre, so muss er sich an jenem messen lassen, das er verdienen könnte.³ Den Unterhaltsschuldner trifft somit die Obliegenheit seine Kräfte bestmöglich zur Einkommenserzielung einzusetzen.⁴ Verletzt der Unterhaltspflichtige die Anspannungsobliegenheit, vorsätzliche oder auch fahrlässig, so wird jenes Einkommen herangezogen, das der Unterhaltsschuldner, nach den konkreten Umständen des Einzelfalls tatsächlich erwirtschaften könnte.⁵ Ob im konkreten Fall die Anspannung greift, bzw. der Anspannungsgrundsatz zur Anwendung kommt, ist allerdings stets im Einzelfall zu prüfen und zu entscheiden.⁶

Verletzt nun der Unterhaltspflichtige die Anspannungsobliegenheit, vorsätzlich oder auch fahrlässig, so wird jenes Einkommen herangezogen, das der Unterhaltsschuldner nach den konkreten Umständen des Einzelfalls tatsächlich erwirtschaften könnte.⁷

¹ StF: JGS Nr. 946/1811; BGBl. I Nr. 58/2010.

² *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 136.

³ *Schwimann* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 140 Rz 64.

⁴ *Schwimann* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 140 Rz 65.

⁵ *Schwimann* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 140 Rz 65.

⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 137.

⁷ *Schwimann* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 140 Rz 65.

2.2 Unterhaltsbemessung/Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners

Maßgebend für die Unterhaltsbemessung sind immer die konkreten Umstände, wie die subjektiven Fähigkeiten des Unterhaltsverpflichteten und die objektive Arbeitsmarktlage. Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen wird nach seinen individuellen Fähigkeiten wie z.B. berufliche Ausbildung, Alter, körperliche und geistige Verfassung sowie familiäre Belastung und in gewissen Grenzen auch nach dem sozialen Umfeld gemessen.⁸ Daher sind überdurchschnittliche Fähigkeiten, praktische Erfahrungen sowie auch schlechte Jobaussichten wegen Langzeitarbeitslosigkeit zu berücksichtigen. Die Anspannungsbeurteilung hat somit die Aufgabe, die realen Erwerbschancen auszuloten.⁹ Schwierigkeiten bei der Feststellung der tatsächlichen Einkommenshöhe dürfen nicht durch Anspannungsfiktionen umgangen werden.¹⁰

Bei den Fällen der **absichtlichen Unterhaltsvereitelung**, bzw. des Handelns in Schädigungsabsicht zieht die Rechtsprechung ein „rein“ fiktives Einkommen heran, auch wenn der Unterhaltsverpflichtete bei sorgfältigster Anstrengung aller Kräfte dieses nicht erreichen könnte. Dabei werden die Verhältnisse angenommen, die vor dieser Handlung bestanden haben und die Unterhaltshöhe bemisst sich an dieser. Hierbei handelt es sich im Grunde nicht um die Anspannung, sondern um das Rechtsmissbrauchsverbot nach § 1295 Abs. 2 ABGB.¹¹

2.3 Verwendung des Anspannungsgrundsatzes in der Praxis

„In der Praxis wird der Anspannungsgrundsatz zu Recht als eine Art Missbrauchsvorbehalt nur dort eingesetzt, wo die Erzielung deutlich höherer Einkünfte versäumt wird.“¹² In der Regel werden Anspannungsüberlegungen erst dadurch ausgelöst, dass der Unterhaltsschuldner den Unterhalt verweigert oder einen Herabsetzungsantrag aufgrund geminderter Leistungsfähigkeit stellt, aber keine überzeugenden Gründe vorgebracht hat.¹³

⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrech⁴, 53; im Allgemeinen: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 148.

⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrech⁴, 53.

¹⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrech⁴, 54.

¹¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrech⁴, 54.

¹² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrech⁴, 55.

¹³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrech⁴, 55.

2.4 Verschulden als Voraussetzung

Voraussetzung für die Anspannung ist, dass der Unterhaltsverpflichtete in der Kenntnis seiner Unterhaltspflicht den Einkommensmangel (Fehlen eines Einkommens oder Mindereinkommens) **verschuldet** hat. Verschulden liegt vor, bei vorsätzlicher Unterhaltsflucht, wie absichtlicher Mindererwerb, um so der Unterhaltszahlung zu entkommen, aber auch bei (leicht) fahrlässiger Herbeiführung eines Einkommensmangels durch das Außerachtlassen von zumutbaren Einkommensmöglichkeiten. Das Verhalten des Unterhaltsschuldners wird dazu mit dem eines **pflichtbewussten, rechtschaffenen Ehegatten verglichen und bildet dafür den Maßstab**. Daraus geht hervor, dass derjenige, der unverschuldet und trotz Bemühungen kein Einkommen erlangen kann, nicht für die Anspannung in Frage kommt.¹⁴ Triftige Gründe, die eine Anspannung ausschließen können, sind die eigene Gesundheit, familiäre oder wirtschaftliche Gründe oder Arbeitgeberkündigung.¹⁵ Auch eine körperliche oder geistige Erkrankung, bzw. Behinderung ist einer Anspannung nicht zugänglich, selbst wenn der Verpflichtete diesen Zustand verschuldet hat.¹⁶

2.5 Beweislast

Die durch den Anspannungsgrundsatz begünstigte Partei trägt die Behauptungs- und Beweislast. Für die fehlende Fahrlässigkeit liegt sie allerdings beim Unterhaltsschuldner.¹⁷

2.6 In der Rechtsprechung entwickelte Rechtsansichten/ Rechtsmeinungen

Ob der Anspannungsgrundsatz zur Anwendung kommt, richtet sich stets nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles. Dabei ist für den konkreten Unterhaltsbedarf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen so zu bemessen, wie ein pflichtbewusster

¹⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrech⁴, 55.

¹⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 151a.

¹⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrech⁴, 56.

¹⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrech⁴, 56.

Familienvater in der konkreten Lage des Unterhaltspflichtigen seine Mittel an Arbeitskraft und Vermögen vernünftigerweise zur Erzielung von Einkommen einsetzen würde.¹⁸

Generell kann gesagt werden, dass der Verzicht eines Unterhaltspflichtigen auf die Erzielung eines höheren Einkommens – ohne berücksichtigungswürdige Umstände – nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten führen darf.¹⁹

¹⁸ OGH 7 Ob 97/08b; OGH 7 Ob 197/07g; OGH 1 Ob 119/07t; OGH 6 Ob 116/00b.

¹⁹ OGH 7 Ob 121/07f; OGH 7 Ob 210/05s; OGH 2 Ob 79/05i; OGH 1 Ob 502/94.

3 Anspannung in der Väterkarenz

3.1 Einleitung

Mit dem Väter-Karenzgesetz (im Folgenden: nur VKG genannt)²⁰ wurde die Möglichkeit geschaffen, dass auch Väter bezahlten Karenzurlaub in Anspruch nehmen können.²¹ Oft haben Väter allerdings aus vorherigen Beziehungen Kinder, für die sie geldunterhaltspflichtig sind, oder sonstige Unterhaltspflichten, wie Geschiedenenunterhalt oder Ehegattenunterhalt²². Die folgenden Absätze beschäftigen sich nun damit, wie die Rechtsprechung auf den Umstand reagiert, dass ein Vater in Karenz geht, der für Kinder, die nicht im selben Haushalt leben, geldunterhaltspflichtig ist.

3.2 Anspannung auf das fiktive Einkommen, als allgemeiner Grundsatz

Für den Umstand, dass ein Vater in Karenz geht, der Geldunterhaltspflichten gegenüber seinen anderen Kindern hat, hat sich eine ständige Rechtsprechung des OGHs heraus entwickelt, die sich durch verschiedene Grundsätze/ Rechtsätze manifestiert. Im Großen und Ganzen vermitteln sie allerdings den Selben Inhalt. Nämlich dass der Anspannungsgrundsatz auf den Vater voll anzuwenden ist und dass dieser nunmehr auf sein nach der Leistungsfähigkeit bemessenem Einkommen angespannt wird. Beziehungsweise, dass die Karenz keinen Grund darstellt für eine Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung.²³

Führt der Vater von Kindern den Haushalt, dem eines oder mehrere dieser Kinder nicht angehören, so muss unabhängig davon, ob dem Vater die zusätzliche Ausübung einer Vollbeschäftigung, neben dem notwendigen Zeitaufwand für die Führung des Haushaltes inklusive der Kinderbetreuung zugemutet werden kann, jenes Einkommen in die

²⁰ StF: BGBl. Nr. 651/1989; BGBl. I Nr. 58/2010.

²¹ BGBl. I Nr. 103/2001 iv BGBl. I Nr. 116/2009.

²² Als Beispiel: die häusliche Gemeinschaft ist seit langem aufgelöst, dennoch haben sich die Eheleute nie scheiden lassen. Der Mann geht eine neue Beziehung ein, aus der ein Kind entsteht, welches er betreuen will (Väterkarenz).

²³ OGH 2 Ob 79/05i; OGH 8 Ob 44/03h; OGH 3 Ob 569/94; OGH 6 Ob 573/91.

Unterhaltsbemessungsgrundlage einbezogen werden, dass er erzielen könnte, wenn er den Haushalt nicht führen würde.

Es wird somit auf das erzielbare Einkommen angespannt, wobei von einer Vollzeitbeschäftigung auszugehen ist.²⁴ Begründet wird diese Rechtsansicht damit, dass es dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwider laufen würde, wenn der Unterhaltspflichtige nur einem Teil seiner Kinder die volle Unterhaltsleistung, nämlich in Form der häuslichen Betreuung zuteilwerden lässt, während er seinen anderen Kindern, für die er geldunterhaltspflichtig wäre, den Unterhalt unter Berufung auf seine Einkommenslosigkeit verwehren würde.²⁵

Der Zeitaufwand für die Führung des Haushaltes ist nicht zu berücksichtigen.²⁶

„Dass der unterhaltspflichtige Vater Karenzurlaub in Anspruch nimmt, ist, soweit nicht besondere Gründe eine solche Maßnahme rechtfertigen, kein Grund für eine Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber einem nicht ehelichen Kind“.²⁷

Auf diese „besonderen Gründe“ wird erst später eingegangen, da es sich hierbei um Ausnahmen handelt. Zuerst wird die grundlegende Rechtslage aufgezeigt.

3.3 Recht auf Karenz?

Auch wenn ein Vater auf Grund des ihm zustehenden Rechtes²⁸ Karenzurlaub in Anspruch nimmt, dürfen die übrigen Kinder²⁹ dadurch nicht benachteiligt werden. Denn das Recht auf Karenz mindert nicht die bestehende Verpflichtung, aus § 140 ABGB³⁰ zur Deckung der

²⁴ OGH 3 Ob 569/94.

²⁵ OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 112/08f; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 1 Ob 595/91.

²⁶ OGH 3 Ob 569/94.

²⁷ OGH 2 Ob 79/05i; OGH 8 Ob 44/03h; OGH 3 Ob 569/94; OGH 6 Ob 573/91.

²⁸ BGBl. Nr. 651/1989 iv BGBl. I Nr. 58/2010.

²⁹ ehelich/ unehelich/ nicht im gemeinsamen Haushalt lebend.

³⁰ JGS Nr. 946/1811 iv BGBl. I Nr. 58/2010.

Bedürfnisse der anderen Kinder „nach Kräften“ beizutragen³¹. Ein Verzicht auf Erzielung eines höheren Einkommens, der nicht durch besonders berücksichtigungswürdige Umstände erzwungen wird, darf daher nicht zu Lasten eines anderen Unterhaltsberechtigten führen. Die Anforderungen an den Unterhaltspflichtigen sind umso strenger, je umfangreicher die Sorgepflichten sind.³² Was nun zumutbar ist, wird daher am Maßstab eines pflichtbewussten, rechtschaffenen Familienvaters gemessen.³³

Deshalb würde „es dem Gesetz widersprechen, wenn der ohne Rücksichtnahme auf bestehende andere Unterhaltspflichten getroffene Entschluss, wegen der Geburt eines im gemeinsamen Haushalt lebenden Kindes Karenzurlaub in Anspruch zu nehmen, nicht zu einer Anspannung des Unterhaltspflichtigen führen würde“.³⁴

Dass dadurch immer dann, wenn weitere Unterhaltsverpflichtungen³⁵ bestehen, das Recht auf Karenzurlaub faktisch nicht in Anspruch genommen werden kann, verstößt allerdings nicht gegen den Grundsatz der Gleichheit und der Gleichbehandlung von Mann und Frau.³⁶ Das liegt daran, dass das Gesetz nur die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Karenz regelt und diese den Vätern auch zusteht. Es bleibt daher der Familie überlassen, ob die Mutter oder der Vater sich um das Kind kümmert. Beiden Geschlechtern steht die Karenz offen. Das Gesetz gibt keine Auskunft oder Verhaltensvorschriften, wie mit daneben bestehenden Unterhaltspflichten umzugehen ist. Daher werden im Lichte des Gesetzes Männer und Frauen gleich behandelt, und sie haben dieselben Rechte, nämlich in Karenz zu gehen.

Wenn nun Väter, die Geldunterhaltspflichten daneben haben, in der Regel angespannt werden und Mütter, in vergleichbaren Fallkonstellationen, der Anspannung nicht unterliegen, so liegt allenfalls eine Ungleichbehandlung in der Anwendung des Anspannungsgrundsatzes vor. Das aber nichts mit einer Ungleichbehandlung in Bezug auf die Möglichkeit Karenz in Anspruch

³¹ § 140. (1) Die Eltern haben zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen.

³² OGH 7 Ob 615/91.

³³ OGH 6 Ob 258/02p.

³⁴ OGH 7 Ob 615/91.

³⁵ Geldunterhalt.

³⁶ OGH 7 Ob 251/98g; OGH 1 Ob 502/94; OGH 7 Ob 615/91.

zu nehmen, zu tun hat.³⁷ Auf die Gleichbehandlungsproblematik wird erst in späteren Kapiteln eingegangen.

3.4 Berücksichtigung des fiktiven Unterhaltsanspruchs nach § 94 Abs. 2 ABGB

Wie bereits mehrfach ausgeführt, haben die Unterhaltsberechtigten einen Anspruch auf Unterhalt auf Grund der fiktiven Bemessungsgrundlage des vom Unterhaltspflichtigen erzielbaren Einkommens. Hat der Vater die Karenz in Anspruch genommen, so wird er nun trotzdem so behandelt als wäre er weiterhin voll berufstätig. Es wird also unterhaltsrechtlich die Fiktion vertreten, dass er gar nicht in „Karenz“ ist.³⁸ Daher muss des Weiteren fingiert werden, dass die Mutter³⁹ anstelle von ihm in Karenz geht. Da es sich hier um Eheleute handelt und die Mutter nun keinem Erwerb mehr nachgeht⁴⁰, hat sie einen Anspruch auf Unterhalt gemäß § 94 Abs. 2 ABGB gegenüber ihrem Ehemann, wobei ihre eigenen Einkünfte⁴¹ angemessen zu berücksichtigen sind. Dies würde nun dazu führen, dass der Vater einen weiteren Unterhaltsanspruch zu befriedigen hat, nämlich den der Ehefrau. Das hat nun zur Folge, dass die zusätzliche Unterhaltspflicht, bei der Beurteilung der bisherigen Unterhaltsansprüche⁴² zu berücksichtigen ist. Nach der Prozentmethode ist daher bei jedem anderen Unterhaltsberechtigten ein Abschlag von 0-3 Prozent⁴³ für die Ehefrau durchzuführen.⁴⁴

Ein Beispiel zur Verdeutlichung:

Ein Vater hat 3 Kinder und geht in Karenz. Für zwei dieser Kinder ist er geldunterhaltspflichtig, für das andere ist er naturalunterhaltspflichtig, da es im gleichen Haushalt lebt. Das fünfzehn jährige Kind 1 hätte nach der vom Obersten Gerichtshof

³⁷ Väter können nach dem Väter-Karenzgesetz Karenz in Anspruch nehmen und Mütter nach dem Mutterschutzgesetz (§ 15ff).

³⁸ Weil meist sein früheres Einkommen herangezogen wird, weil das seiner Leistungsfähigkeit entspricht/Anspannung.

³⁹ Die der zugrunde liegenden Entscheidung keine Geldunterhaltspflichten daneben hat.

⁴⁰ Es wird fingiert, dass sie sich um das Kind kümmert, also sich in Karenz befindet.

⁴¹ wie damals Karenzurlaubsgeld/ das nunmehr durch das Kinderbetreuungsgeld ersetzt wurde, wobei auf die unterhaltsrechtliche Qualifikation des Kinderbetreuungsgeldes in einem eigenen Kapitel eingegangen wird.

⁴² In diesem Fall nur seiner Kinder.

⁴³ *Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht*⁵,110.

⁴⁴ OGH 7 Ob 615/91.

geschaffenen Prozentmethode⁴⁵ einen Anspruch auf 22% der Bemessungsgrundlage. Das Kind 2, das noch nicht das fünfzehnte Lebensjahr vollendet hat hingegen nur 20%. Das dritte Kind ist noch ein Säugling⁴⁶. Daher sind bei Kind 1 und 2 jeweils 2% wegen der weiteren Sorgspflicht gegenüber einem Kind über 10 Jahren und 1% für das Kind unter 10 Jahren abzuziehen.

Die fiktive Sorgpflicht der Ehefrau ist, bei der vorliegenden Einkommenslage⁴⁷, mit einem weiteren Abzug von 2% zu berücksichtigen. Dies führt dazu, dass das Kind 1 einen Anspruch von 17% und das Kind 2 von 15% der fiktiven Bemessungsgrundlage haben.⁴⁸

Kinder haben Anspruch auf Unterhalt auf Grund der fiktiven Bemessungsgrundlage des vom Vater erzielbaren Einkommens. Es muss allerdings der⁴⁹ Unterhaltsanspruch der Ehefrau berücksichtigt werden.⁵⁰

3.5 Anspannung nur auf den angemessenen Unterhalt?

Hier soll nochmals kurz erwähnt werden, insoweit es für das Verständnis unerlässlich ist, was Anspannung ist und wann sie im Allgemeinen angewendet. Die Rechtsprechung hat die „Anspannungstheorien“ geschaffen als eine Art Missbrauchsschutz für Unterhaltspflichte,⁵¹ die es verabsäumen, ihrer Pflicht nachzukommen. Denn es wäre für sie möglich weitaus höhere Einkünfte zu erzielen.⁵²

Daher hat sich der Rechtsgrundsatz entwickelt, dass nur dann auf ein tatsächlich nicht erzielter, also fiktives Einkommen angespannt wird, wenn den Unterhaltsschuldner ein Verschulden daran trifft, dass er keine Erwerbstätigkeit ausübt⁵³, bzw. schuldhaft verabsäumt,

⁴⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵, 110.

⁴⁶ Der Vater ist in Karenz gegangen, um dieses Kind zu betreuen, daher hat dieses Kind keinen Anspruch auf Geldunterhalt.

⁴⁷ „Karenzurlaubsgeld“ ist als Einkommen zu werten.

⁴⁸ OGH 7 Ob 615/91.

⁴⁹ (ebenfalls fiktiver) Unterhaltsanspruch.

⁵⁰ OGH 7 Ob 251/98g; OGH 3 Ob 569/94; OGH 7 Ob 615/91.

⁵¹ Die Anspannungstheorie ist beim Kindesunterhalt § 140 ABGB, beim Geschiedenenunterhalt § 66 ff EheG und beim Ehegattenunterhalt § 94 ABGB anzuwenden.

⁵² OGH 8 Ob 191/97i.

⁵³ OGH 4 Ob 91/10a; OGH 5 Ob 140/09p; OGH 10 Ob 2184/96s.

höhere Einkünfte⁵⁴ zu erzielen. Als weiterer Schritt muss das Verhalten des Unterhaltsschuldners mit dem, der „Figur“, des pflichtbewussten Familienvaters, Ehegattens verglichen werden. Liegt nun ein Verschulden seitens des Unterhaltspflichtigen vor und hätte ein pflichtbewusster Familienvater bei gleicher Sachlage nicht so gehandelt, so hat die Anspannung zu greifen.⁵⁵

Daher darf ein unterhaltspflichtiger Vater Änderungen in seinen Lebensverhältnissen, die zu einer Einschränkung seiner Leistungsfähigkeit und damit seiner Unterhaltspflicht führen würden, nur insoweit vornehmen, als dies ein pflichtbewusster Familienvater bei gleicher Sachlage ebenso getan hätte.⁵⁶

Nimmt nun ein unterhaltspflichtiger Vater Karenzurlaub in Anspruch, so darf das nicht zu einer Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung führen. Es sei denn, dieser Schritt ist durch besondere Gründe gerechtfertigt.⁵⁷

Einem Unterhaltspflichtigen bleibt es allerdings unbenommen, solange der angemessene Unterhalt seiner Kinder gedeckt ist und die zuerkannte Leistung erheblich über dem Durchschnittsbedarf liegt, dass er zur Befriedigung seiner persönlichen Erholungs- und Freizeitbedürfnisse Zeitausgleich anstelle von Überstunden wählt. Ebenso verwehrt das Unterhaltsrecht dem Unterhaltspflichtigen bei der Befriedigung seiner eigenen Lebensinteressen nicht einen angemessenen Gestaltungsspielraum, „auch wenn eine derartige Selbstverwirklichung einer sonst bis zur Luxusgrenze möglichen Unterhaltsmaximierung entgegensteht“.⁵⁸

Die Anspannung wird daher immer dort **nicht** vorgenommen, wo es zwar zu einer Reduzierung, bzw. Herabsetzung der Unterhaltsverpflichtung auf Grund des reduzierten Einkommens kommt, wenn der Unterhalt nachwievor erheblich über dem Durchschnittsbedarf liegt.⁵⁹ Dies wurde in Entscheidungen, die Anspannung betreffend, ausgeführt.⁶⁰ Ob sich daraus schon eine ständige Rechtsprechung etablieren konnte, ist aber

⁵⁴ OGH 10 Ob 2184/96s, Hierzu zählt auch die Verpflichtung, Förderungen wie Wohnbeihilfe und der gleichen zu beziehen. Ein Außer Achtlassen würde zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage führen.

⁵⁵ OGH 8 Ob 44/03h.

⁵⁶ OGH 3 Ob 10/09f; OGH 7 Ob 121/07f; OGH 2 Ob 200/04g; OGH 6 Ob 1626/95.

⁵⁷ OGH 8 Ob 44/03h.

⁵⁸ OGH 10 Ob 5/08w; OGH 6 Ob 258/02p; OGH 3 Ob 118/01a.

⁵⁹ OGH 8 Ob 44/03h.

⁶⁰ OGH 8 Ob 44/03h; OGH 3 Ob 118/01a.

fragwürdig, denn diesem Rechtsatz⁶¹ folgend gibt es erstens noch nicht viele Entscheidungen. Und zweitens bezieht sich der Rechtsatz nicht unmittelbar auf die Anspannung in der Karenz, denn noch kann und wurde er herangezogen.⁶²

„Ferner wurde die Anspannung dort nicht vorgenommen, wo die Unterhaltsverpflichtung auf Grund des reduzierten Einkommens erheblich über dem Durchschnittsbedarf liegt, weil sie ja nur einer Verletzung des **angemessenen Unterhaltes entgegenwirken soll**“.⁶³

Die Entscheidung 1Ob78/00b, vom 28.03.2000 soll die Relevanz, des Ausschlusses der Anspannung verdeutlichen, die in weiterer Folge meiner Ansicht nach dann auch generell auf die Karenz umzulegen ist.

Das unterhaltsberechtigten Kind lebt im Haushalt der Mutter und hat Anspruch auf Geldunterhalt gegenüber seinem Vater. Der Vater arbeitet seinem Wunsch zufolge, nur mehr eingeschränkt im Ausmaß von 60%. Das entspricht (nunmehr) 24 Wochenstunden. Bis zur eingeschränkten Berufsausübung zahlte er einen Unterhalt von 4.500 S. In weiterer Folge beantragte er die Herabsetzung der Unterhaltsverpflichtung. Begründet wurde die Arbeitsreduzierung mit gesundheitlichen Gründen, wobei dieser Umstand für die Entscheidung nicht von Relevanz war⁶⁴.

Das **Erstgericht** gab dem Herabsetzungsbegehren statt und setzte aufgrund des geminderten Einkommens einen Unterhaltsbetrag von 3.900 S fest. Mit der Begründung, dass „die Finanzierung des Durchschnittsbedarfs eines Kindes von drei Jahren 2.000 S monatlich erfordere und die angemessenen Unterhaltsbedürfnisse der Minderjährigen mit 3.900 S monatlich gedeckt werden könnten, bestehe kein "Raum für eine Anspannung" des Vaters "auf das bei voller Berufstätigkeit erzielbare Einkommen"“.⁶⁵

Das **Rekursgericht** wies hingegen den Herabsetzungsantrag ab. Denn erst wenn der Unterhaltsbeitrag den zur Finanzierung des Durchschnittsbedarfs erforderlichen Aufwand bei weitem übersteigt, hat der Schuldner einen Gestaltungsspielraum bei der Befriedigung seiner

⁶¹ RS0109322.

⁶² OGH 8 Ob 44/03h.

⁶³ OGH 8 Ob 44/03h.

⁶⁴ Siehe hierzu OGH 3 Ob 118/01a: „Die Gründe für die Annahme einer bloßen Teilzeitbeschäftigung durch den Unterhaltsberechtigten spielen bei einer Unterhaltsdeckung erheblich über dem Durchschnittsbedarf keine entscheidende Rolle. Unterhaltsbetrag von 5.000S bei einem Durchschnittsbedarf von 3.830S monatlich“.

⁶⁵ OGH 1 Ob 78/00b.

eigenen Lebensinteressen. Da aber der Unterhalt nicht die Luxusgrenze des 2 1/2-fachen des Durchschnittsbedarfs erreicht, ist der Vater auf das bei einer Vollerwerbstätigkeit erzielbare Einkommen anzuspannen.

Im **Revisionsrekurs** wurde dann klargestellt⁶⁶, „dass dem Schuldner bei der Gestaltung seiner persönlichen Lebensverhältnisse nicht erst bei der Alimentierung über der „Luxusgrenze“ ein Spielraum eingeräumt sei, weil § 140 ABGB nicht etwa die Unterhaltsmaximierung bis zur Luxusgrenze, sondern nur die Deckung der angemessenen Bedürfnisse des Kindes, bezwecke“. Daher hat die Umwandlung der Vollbeschäftigung in eine Teilzeitbeschäftigung im Ausmaß von 60%, obwohl sie auf Wunsch des Unterhaltspflichtigen erfolgte, keine unterhaltsrechtliche Auswirkung. Weil bei der Heranziehung des verbleibenden väterlichen Einkommens als Bemessungsgrundlage die Minderjährige, bei einem Unterhaltsbetrag von monatlich 3.900 S immer noch angemessen alimentiert wird.

Nur ein Rechtsmissbrauch seitens des Vaters würde in diesem Fall die Anspannung auf das real erzielbare Einkommen rechtfertigen, wobei aber die Umwandlung der Vollerwerbstätigkeit in eine Teilzeitbeschäftigung nicht als solche beurteilt werden kann.⁶⁷

Die Entscheidung des Erstgerichtes ist daher wiederherzustellen, denn es hat zu Recht Abstand von einer Anwendung der Anspannungstheorien genommen und richtigerweise nur das tatsächliche Einkommen des Schuldners als Bemessungsgrundlage herangezogen.⁶⁸

Zahlt nun ein Vater für Kinder, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, einen weit über dem Durchschnittsbedarf liegenden Geldunterhalt, so dürfte, wenn dieser Vater in Karenz geht, nicht automatisch auf das früher erzielte Einkommen angespannt werden und somit der Unterhaltsbetrag gleich bleiben.⁶⁹ Vielmehr müsste auch hier eine Herabsetzung der Unterhaltsverpflichtung im Hinblick auf die oben angeführte Rechtsprechung erfolgen. Denn es kann wohl keinen Unterschied machen, ob die Einkommensreduzierung aus der Umwandlung von einer Vollzeitbeschäftigung in eine Teilzeitbeschäftigung erfolgt oder aus dem Entschluss, in Karenz/ Teilkarenz zu gehen. Wobei bei einer Umwandlung, bzw. Annahme einer Teilzeitbeschäftigung sogar die Gründe unerheblich sind, solange die

⁶⁶ Siehe hierzu auch OGH 1 Ob 21/98i.

⁶⁷ OGH 1 Ob 78/00b.

⁶⁸ OGH 1 Ob 78/00b.

⁶⁹ OGH 2 Ob 79/05i; OGH 8 Ob 44/03h; OGH 3 Ob 569/94; OGH 6 Ob 573/91.

Unterhaltsdeckung erheblich über dem Durchschnittsbedarf liegt.⁷⁰ Somit können ganz persönliche Gründe dazu führen, dass nicht angespannt wird. Die Karenz hingegen hat zum Ziel, ein Kind zu betreuen, in weiterer Folge dessen Wohl zu fördern und gilt als Unterhaltsleistung.

Daher müsste auch hier eine Herabsetzung des Unterhaltsbetrages erfolgen auf einen Betrag, der über dem Durchschnittsbedarf der Kinder liegt. In Karenzurlaub zu gehen, um sich um seine Kinder zu kümmern, kann wohl kaum als rechtsmissbräuchlich gegenüber seinen geldunterhaltspflichtigen Kindern bewertet werden. Vor allem nicht, wenn sie zumindest einen Unterhalt bekommen, der ihrem Durchschnittsbedarf entspricht.

3.6 Berücksichtigungswürdige Umstände, Gründe

„Dass der unterhaltspflichtige Vater Karenzurlaub in Anspruch nimmt, ist, soweit nicht **besondere Gründe** eine solche Maßnahme rechtfertigen, kein Grund für eine Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber einem nichtehelichen Kind“.⁷¹

Wie dieser Rechtssatz bereits aussagt, kann es bei Vorliegen von besonderen Gründen dazu kommen, dass die Unterhaltsverpflichtung herabgesetzt wird, bzw. sogar gänzlich entfallen kann.⁷²

Als noch das Karenzgeldgesetz (KGG) die einschlägige Rechtsmaterie war, war der Bezug des Karenzurlaubsgeldes, wenn nur ein Elternteil dieses in Anspruch nahm, nur bis zur Vollendung des 18. Lebensmonates des Kindes möglich. Das Karenzgeld konnte darüber hinaus nur bezogen werden, wenn der zweite Elternteil zumindest für drei Monate das Karenzurlaubsgeld ebenfalls in Anspruch nahm. Allerdings galt als Höchstgrenze, die Vollendung des zweiten Lebensjahres des Kindes. Wollten sich daher die Eltern das Karenzgeld zwischen dem 18. Lebensmonat und dem vollendeten zweiten Lebensjahr nicht entgehen lassen, so musste der andere Elternteil zumindest 6 Monate lang in Karenz gehen. Verdient die Mutter nicht wesentlich weniger als der Vater, so hätte die Entscheidung, dass sie die gesamte zweijährige Karenzzeit absolviert, zur Folge, dass es zu einer nicht

⁷⁰ OGH 3 Ob 118/01a.

⁷¹ OGH 2 Ob 79/05i; OGH 8 Ob 44/03h; OGH 3 Ob 569/94; OGH 6 Ob 573/91.

⁷² OGH 2 Ob 79/05i; OGH 8 Ob 44/03h; OGH 3 Ob 569/94; OGH 6 Ob 573/91.

unbeträchtlichen Einbuße des Familieneinkommens kommt. Diese Einbuße wird trotz der Berücksichtigung der vollen Sorgspflicht des Vaters nunmehr für seine Ehefrau bei der Bemessung seiner anderen Unterhaltspflichten gegenüber den nicht in seinem Haushalt lebenden Kindern nicht aufgehoben. Müsste der Vater seinen Beruf auch während dieser 6 Monate ausüben, um den nicht im gleichem Haushalt lebenden Kindern weiterhin entsprechende finanzielle Beiträge zu leisten, so könnte es zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der finanziellen Situation innerhalb seines Familienverbandes kommen. Die Folge wäre eine Benachteiligung jener unterhaltsberechtigten Angehörigen, mit denen er zusammen lebt.⁷³

Damit es als besonders berücksichtigungswürdiger Grund gewertet werden kann, der von der Rechtsprechung gefordert wird und somit zu einer Herabsetzung oder gar Enthebung der Unterhaltspflicht für nicht im Haushalt lebende Kinder kommt, muss die Einkommensrelation der Elternteile, die sich den Karenzurlaub teilen, für diese Aufteilung sprechen. Weiteres darf keine andere geeignete Betreuungsperson oder Betreuungseinrichtung zur Verfügung stehen. Und schlussendlich muss das Kind uneingeschränkt auf die Betreuung durch einen Elternteil angewiesen sein, wobei der betreuende Elternteil damit so ausgelastet sein muss, dass ihm eine anderwärtige Berufstätigkeit nicht zumutbar wäre.⁷⁴

Sind diese Gründe gegeben, so „ist auch einem Vater, der für nicht in seinem Haushalt lebende Kinder sorgepflichtig ist, zuzubilligen, dass er sechs Monate lang anstelle der Mutter Karenzurlaub in Anspruch nimmt“.⁷⁵

⁷³ OGH 7 Ob 251/98g; OGH 3 Ob 12/00m.

⁷⁴ OGH 7 Ob 251/98g; OGH 3 Ob 12/00m.

⁷⁵ OGH 7 Ob 251/98g; OGH 3 Ob 12/00m.

4 Kinderbetreuungsgeld und Karenzurlaubsgeld

4.1 Kinderbetreuungsgeld nach dem Kinderbetreuungsgeldgesetz KBGG⁷⁶

Das Gesetz wird nachfolgend kurz behandelt, wobei das Hauptaugenmerk auf die verschiedenen Modelle des Kinderbetreuungsgeldes gelegt wird.

Es gibt das pauschalierte Kinderbetreuungsgeld mit verschiedenen Konstellationen und nun auch die durch das BGBl. I Nr. 116/2009 geschaffene Möglichkeit eines einkommensabhängigem Kindergeldes.

4.1.1 Modelle des pauschalierten Kinderbetreuungsgeldes

- Das Kinderbetreuungsgeld kann bei einem Betrag von täglich 14,53 Euro bis längstens zur Vollendung des 36. Lebensmonates des Kindes in Anspruch genommen werden.⁷⁷ Nimmt aber nur ein Elternteil das Kinderbetreuungsgeld in Anspruch, so gebührt es nur bis zur Vollendung des 30. Lebensmonats des Kindes. Nur wenn auch der andere Elternteil ebenfalls das Kinderbetreuungsgeld in Anspruch nimmt, verlängert sich die Anspruchsdauer über die Vollendung des 30. Lebensmonates hinaus, jedoch höchstens bis zur Vollendung des 36. Lebensmonates des Kindes.⁷⁸
- Die Eltern/ der Elternteil haben/ hat weiteres die Möglichkeit, im Zuge der Antragstellung das Kinderbetreuungsgeld als Kurzleistung geltend zu machen. Dann beträgt es täglich 20,8 Euro. Nimmt auch hier nur ein Elternteil das Kinderbetreuungsgeld in Anspruch, so gebührt dieses längstens bis zur Vollendung des 20. Lebensmonates des Kindes. Macht auch der andere Elternteil seinen Anspruch geltend, so verlängert sich die Anspruchsdauer um jenen Zeitraum, den der zweite Elternteil beansprucht. Auch hier gilt eine Obergrenze, die in diesem Fall die Vollendung des 24. Lebensmonates des Kindes ist.⁷⁹

⁷⁶ Das Kinderbetreuungsgeldgesetz wird im Folgenden: nur KBGG genannt; StF: BGBl. I Nr. 103/2001; BGBl. I Nr. 116/2009.

⁷⁷ § 3. (1) KBGG iVm § 5. (1) KBGG.

⁷⁸ § 5 (2) KBGG.

⁷⁹ § 5a (1) u. (3) KBGG.

- Bei der dritten Variante beträgt das Kinderbetreuungsgeld täglich 26,60 Euro. Es gebührt für einen Zeitraum bis zur Vollendung des 15. Lebensmonates des Kindes. Nimmt der andere Elternteil auch sein Recht wahr, so kann das Kinderbetreuungsgeld bis zur Vollendung des 18. Lebensmonates gebühren.⁸⁰
- Die letzte der pauschalierten Variante ermöglicht ein Kinderbetreuungsgeld von täglich 33 Euro. Bezieht nur ein Elternteil das Kinderbetreuungsgeld, so gebührt es bis zur Vollendung des 12. Lebensmonates. Durch Inanspruchnahme auch durch den zweiten Elternteil, ist es möglich das Kinderbetreuungsgeld bis zur Vollendung des 14. Lebensmonates zu beziehen.⁸¹

Darüber hinaus gibt es noch Beihilfen, die aber nur zum pauschalierten Kinderbetreuungsgeld gebührt. Diese sind im 3. Abschnitt⁸² geregelt und sollen Härtefällen vorbeugen. Allerdings ist beabsichtigt, dass nur mehr wirklich bedürftige Eltern den Zuschuss erhalten.⁸³

Wie man sieht, können die Eltern das Kinderbetreuungsgeld für die volle Zeit nur bekommen, wenn auch der zweite Elternteil dieses beansprucht. Meines Erachtens ist diese Regelung mit der nach dem Karenzurlaubsgeldgesetz vergleichbar, denn auch dort ist eine volle Ausschöpfung der Mittel nur möglich, wenn beide Elternteile es beziehen. Beim Karenzurlaubsgeld hat es bei Vorliegen von bestimmten Kriterien dazu geführt, dass den Vätern erlaubt wurde, zu Hause zu bleiben und sein Kind zu betreuen, ohne dass es hier zu einer Anspannung kommt. Daher müsste es analog zu dieser Rechtsprechung, bei Vorhandensein derselben Voraussetzungen, ebenfalls zu keiner Anspannung bei Vätern kommen, da es als berücksichtigungswürdiger Grund, der die Anspannung ausschließt, gilt.

4.1.2 Zuverdienstgrenze beim pauschalierten Kinderbetreuungsgeld

Während des Bezuges von Kinderbetreuungsgeld ist es gestattet, bis zu einem pauschalen Freibetrag von 16.200 Euro pro Kalenderjahr dazu zu verdienen.⁸⁴ Alternativ ist es nunmehr möglich⁸⁵, dass die Zuverdienstgrenze für jeden individuell festgesetzt wird. Dadurch wird die

⁸⁰ § 5b (1) u. (3) KBGG.

⁸¹ § 5c (1) u. (3) KBGG/ geschaffen durch BGBl. I Nr. 116/2009.

⁸² § 9ff KBGG.

⁸³ § 9 (2) u. (3) KBGG.

⁸⁴ § 2 (1) Z. 3 KBGG, Zuverdienstgrenze.

⁸⁵ BGBl. I Nr. 116/2009 .

Möglichkeit geschaffen, dass vor der Geburt besser verdienende Eltern neben dem Bezug von Kinderbetreuungsgeld eine Teilzeitbeschäftigung in angemessenem Ausmaß ausüben können und somit mehr dazu verdienen können. Liegt die individuelle Zuverdienstgrenze aber unter 16.200 Euro, so gilt sie dennoch, da es zu keiner Verschlechterung kommen soll.⁸⁶ „Der individuelle Grenzbetrag beträgt 60% des Gesamtbetrages der maßgeblichen Einkünfte“.⁸⁷ Gekürzt zusammengefasst ist der Gesamtbetrag die Einkünfte, die der Elternteil im letzten Kalenderjahr vor der Geburt erzielt hat. Und der Grenzbetrag ist 60% des Gesamtjahreseinkommens.⁸⁸

4.1.3 Einkommensabhängiges Kinderbetreuungsgeld

Mit der Novelle BGBl. I Nr. 116/2009 wurde nun ein einkommensabhängiges Kinderbetreuungsgeld geschaffen, das alternativ zu den Pauschalvarianten gewählt werden kann. Es soll jenen Eltern, die vor der Geburt über ein relativ hohes Erwerbseinkommen verfügt haben, die Möglichkeit eröffnen, trotz Betreuung des Kindes und dem damit verbundenen Rückzug aus dem Erwerbsleben, den bisherigen Lebensstandard aufrecht zu erhalten.⁸⁹ Dadurch kommt es zu einer Erhöhung der Wahlfreiheit für erwerbsorientierte Eltern, die es ihnen ermöglicht eine bessere Vereinbarkeit zwischen Familie und Beruf zu finden. Das neue Modell soll auch zu einer stärkeren Väterbeteiligung in der familiären Kinderbetreuung beitragen.⁹⁰

Diese Form des Kinderbetreuungsgeldes steht jedoch nur jenen Elternteilen offen, die in den letzten 6 Kalendermonaten tatsächlich und unmittelbar vor der Geburt des Kindes durchgehend erwerbstätig⁹¹ waren.⁹²

⁸⁶ RV 340 BlgNr XXIV. GP, 9.

⁸⁷ §8b (1) KBGG.

⁸⁸ §8b (1) KBGG.

⁸⁹ RV 340 BlgNr XXIV. GP, 16.

⁹⁰ RV 340 BlgNr XXIV. GP, 1.

⁹¹ § 24 (2) KBGG definiert die Erwerbstätigkeit.

⁹² § 24 (1) Z 2 KBGG, siehe die dazu übrigen Voraussetzungen unter § 24 (1) KBGG.

4.1.4 Höhe des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes

Auch beim einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeld wird mit einem täglichen Richtsatz gerechnet.⁹³ Ist eine der Ziffern 1 bis 4 des § 24a KBGG, die sich gegenseitig ausschließen, auf den Kinderbetreuungsgeldbezieher zutreffend, so ist der Tagsatz danach zu berechnen.

Ansonsten ist die Formel der Ziffer (Z) 5 heranzuziehen. Errechnet sich aber nach der Formel der Z 5 ein höherer Tagsatz als nach der Z 1 bis 4, so ist dieser, da ein Günstigkeitsprinzip vorliegt heranzuziehen.⁹⁴

Das Kinderbetreuungsgeldgesetz setzt der Höhe des Betrages Grenzen. So darf der Tagsatz einen Betrag von täglich 66 Euro nicht übersteigen, und er beträgt zumindest jenen Tagsatz nach § 24a. (1) Z 5 KBGG.⁹⁵

Das Kinderbetreuungsgeld beträgt mindestens, den nach der folgenden Formel errechneten Tagsatz,⁹⁶

$$\frac{\text{Summe der maßgeblichen Einkünfte} \times 0,62 + 4000}{365}$$

365

jedoch höchstens 66 Euro täglich.⁹⁷

Der einmal errechnete Tagesbetrag für den beziehenden Elternteil bleibt während der Bezugszeit für ein und dasselbe Kind gleich hoch.⁹⁸

Wird nun aber bei einem Kinderbetreuungsgeldbezieher ein einkommensabhängiges Kinderbetreuungsgeld unter 33 Euro täglich ermittelt, so ist es möglich, auf das pauschale Kinderbetreuungsgeld 12 plus 2 umzusteigen.⁹⁹

⁹³ Die Höhe des Tagesbetrages wird je nach Fallgruppe (§ 24a Z 1 bis 5) anhand des Wochengeldes/ Monatsbezuges/Arbeitsverdienstes oder auf Basis der Einkünfte, die im letzten Kalenderjahr vor der Geburt erzielt wurden, in dem kein Kinderbetreuungsgeldbezug vorlag (relevantes Kalenderjahr) berechnet (RV 340 BlgNr XXIV. GP, 17).

⁹⁴ § 24a KBGG.

⁹⁵ § 24a (2) KBGG.

⁹⁶ § 24a (1) Z 5 KBGG.

⁹⁷ § 24a (2) KBGG.

⁹⁸ RV 340 BlgNr XXIV. GP, 18.

⁹⁹ § 24d KBGG; RV 340 BlgNr XXIV. GP, 18.

4.1.5 Bezugsdauer des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes

Wie auch beim pauschalierten Kinderbetreuungsgeld ist es nur dann möglich, die volle Anspruchsdauer auszuschöpfen, wenn auch hier beide Elternteile Kinderbetreuungsgeld beziehen, wobei es zeitgleich natürlich nicht möglich ist. Nimmt nur einer der Elternteile dieses Modell in Anspruch, so gebührt dieses längstens bis zur Vollendung des 12 Lebensmonates. Nur wenn nun auch der andere Elternteil sein Recht geltend macht, verlängert sich die Anspruchsdauer darüber hinaus, aber längstens bis zur Vollendung des 14 Lebensmonates.¹⁰⁰

4.1.6 Zuverdienstgrenze beim einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeld

Anspruch auf den Bezug des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes hat ein Elternteil grundsätzlich nur, wenn es aufgrund der Karenz nunmehr keine Erwerbseinkünfte erzielt. Allerdings ist ein Gesamtbetrag an maßgeblichen Einkünften¹⁰¹ von nicht mehr als **5.800 Euro** pro Kalenderjahr nicht schädlich.¹⁰² Der Grund für die sehr geringe Zuverdienstgrenze liegt darin, dass das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld eine Einkommensersatzfunktion hat.¹⁰³ Wäre es nicht so, käme es zu unsachlichen Ergebnissen, nämlich dass der Einkommensersatz¹⁰⁴ plus der Zuverdienst aus der Erwerbstätigkeit über den zu ersetzenden Einkünften lägen.¹⁰⁵ Daher dürfen während des Bezuges des Kindergeldes auch keine Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung bezogen werden,¹⁰⁶ weil auch das der Einkommensersatzfunktion zuwiderlaufen würde.

¹⁰⁰ § 24 b KBGG.

¹⁰¹ § 8 (1) KBGG iVm § 24 (1) Z 2 KBGG.

¹⁰² § 24 (1) Z 3 KBGG.

¹⁰³ RV 340 BlgNr XXIV. GP, 4.

¹⁰⁴ einkommensabhängiges Kinderbetreuungsgeld.

¹⁰⁵ RV 340 BlgNr XXIV. GP, 17.

¹⁰⁶ § 24 (1) Z 3 KBGG.

4.2 KinderbetreuungsgeldbezieherInnen und gleichzeitige Erwerbstätigkeit

Die Voraussetzungen und die Höhen des Zuverdienstes neben dem Beziehen von Kinderbetreuungsgeld wurde in den vorangegangenen Kapiteln erläutert. Im Folgenden werden die Daten der österreichischen KinderbetreuungsgeldbezieherInnen präsentiert.

Die unten dargestellte Tabelle zeigt die Zahlen der KinderbetreuungsgeldbezieherInnen dem Geschlecht nach für das Jahr 2010.

Monatsende	Kinderbetreuungs(Karenz)geldbezieherInnen			
	M + F	Männer	Frauen	Anteil der M in%
2010				
Jänner	145.289	6.442	138.847	4,43
Februar	145.289	6.585	138.704	4,53
März	144.311	6.785	137.526	4,70
April	143.150	6.651	136.499	4,65
Mai	142.645	6.548	136.097	4,59
Juni	142.761	6.556	136.205	4,59
Juli	142.387	6.480	135.907	4,55
August	142.540	6.290	136.250	4,41
September	142.377	6.056	136.321	4,25
Oktober	141.700	5.919	135.781	4,18
November	141.851	5.942	135.909	4,19
Dezember	140.734	5.897	134.837	4,19 ¹⁰⁷

Es ist deutlich erkennbar, dass nur ein geringer Teil der Kinder von deren Vätern betreut wurden und dass nachwievor Mütter die zentrale Rolle in der Kindererziehung spielen.

Die unten angeführte Tabelle zeigt wie viele KinderbetreuungsgeldbezieherInnen gleichzeitig erwerbstätig sind. (geringfügig Beschäftigte und Mehrverdiener)

¹⁰⁷ Zahlen übernommen, von Statistik Austria.

Monatsende	KBG (KRG) x Erwerbstätigkeit		
	M + F	Männer	Frauen
2010			
Jänner	26.529	3.241	23.288
Februar	26.094	3.330	22.764
März	25.329	3.526	21.803
April	24.717	3.538	21.179
Mai	24.177	3.543	20.634
Juni	23.941	3.542	20.399
Juli	23.985	3.504	20.481
August	23.764	3.383	20.381
September	24.407	3.271	21.136
Oktober	24.752	3.237	21.515
November	24.100	3.116	20.984
Dezember	23.471	2.938	20.533

108

Trotz des Bezuges von Kinderbetreuungsgeld geht eine nicht unwesentliche Menge an Eltern zusätzlich einer Erwerbstätigkeit nach. Die Zuverdienstgründe können nicht aus den Zahlen erhoben werden. Naheliegend ist, dass die Familien die zusätzlichen finanziellen Mittel für den Lebensunterhalt benötigen.

Die letzte Tabelle zeigt die Anzahl derer, die „nur“ geringfügig neben dem Bezug von Kinderbetreuungsgeld Beschäftigt sind.

Monatsende	KBG (KRG) x geringfügiger Beschäftigung		
	M + F	Männer	Frauen
2010			
Jänner	11.959	529	11.430
Februar	12.040	539	11.501
März	11.963	568	11.395
April	11.707	507	11.200
Mai	11.751	509	11.242
Juni	11.829	552	11.277
Juli	11.786	545	11.241
August	11.515	561	10.954
September	11.703	534	11.169
Oktober	11.877	537	11.340
November	12.057	579	11.478
Dezember	12.059	558	11.501

109

¹⁰⁸ Zahlen übernommen, von Statistik Austria.

¹⁰⁹ Zahlen übernommen, von Statistik Austria.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass rund 17% der Kinderbetreuungsgeldbezieher einer zusätzlichen Erwerbstätigkeit nachgehen, und etwa die Hälfte (50%) davon mehr als geringfügig beschäftigt sind.

4.3 Karenzurlaubsgeldgesetz – KUG¹¹⁰

Dieses Gesetz hat den Anspruch und die Höhe des Karenzgeldes vor dem Kinderbetreuungsgeldgesetz geregelt und ist heute nicht mehr wirklich anwendbar.¹¹¹

Es gilt nur mehr für Ansprüche von Kindern, die vor dem 1. Jänner 2002 geboren wurden. Denn für Kinder, die nach dem 31. Dezember 2001 geboren wurden, ist bereits das Kinderbetreuungsgeldgesetz anzuwenden.¹¹² Auch die Höhe des Karenzurlaubsgeldes bemisst sich daher ab dem 1. Jänner 2002 nach den Bestimmungen des KBGG.¹¹³

¹¹⁰ StF: BGBl. Nr. 395/1974; BGBl. I Nr. 34/2004.

¹¹¹ Siehe dazu § 43 KUG.

¹¹² § 43 KUG.

¹¹³ § 41 KUG.

5 „Mittelbare“ Unterhaltsverpflichtung?

Erwirtschaftet ein geldunterhaltspflichtiger Ehegatte kein Einkommen, weil er sich zu Hause um ein Kleinkind kümmert bzw. sich in Karenz befindet, so stellt sich die Frage, wie es sich auf seine Unterhaltspflicht gegenüber seinen geldunterhaltsberechtigten Kinder auswirkt.¹¹⁴ Denn Väter sind für ihre Kinder, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, geldunterhaltspflichtig.¹¹⁵ Hier soll nochmals auf die Gleichbehandlungspflicht gegenüber allen Kindern hingewiesen werden.

Erzielt ein Ehegatte kein Einkommen, so hat er, wenn er verheiratet ist, selbst einen Unterhaltsanspruch gegenüber seiner Ehegattin gem. § 94 ABGB.¹¹⁶

Der Unterhalt für die Kinder kann nun entweder durch die Anspannung des einkommenslosen und kinderbetreuenden Haushaltsführer erreicht werden, oder dürfen, wenn eine Erwerbstätigkeit diesem nicht zugemutet werden kann, die eigenen Unterhaltseinnahmen aus dem Unterhaltsanspruch gegenüber seinem Ehegatten zur Deckung herangezogen werden.¹¹⁷ Wenn ja, würde das zu einer mittelbaren Unterhaltsverpflichtung führen.

Man spricht von mittelbarem Unterhalt, wenn der Unterhalt vom unterhaltspflichtigen Ehegatten herangezogen wird, um die Unterhaltspflichten des berechtigten Ehegattens gegenüber seinen nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Kindern zu zahlen. Daher zahlt der nur gegenüber seinem Ehegatten verpflichtete, mittelbar den Unterhalt für die Kinder des Ehegatten.

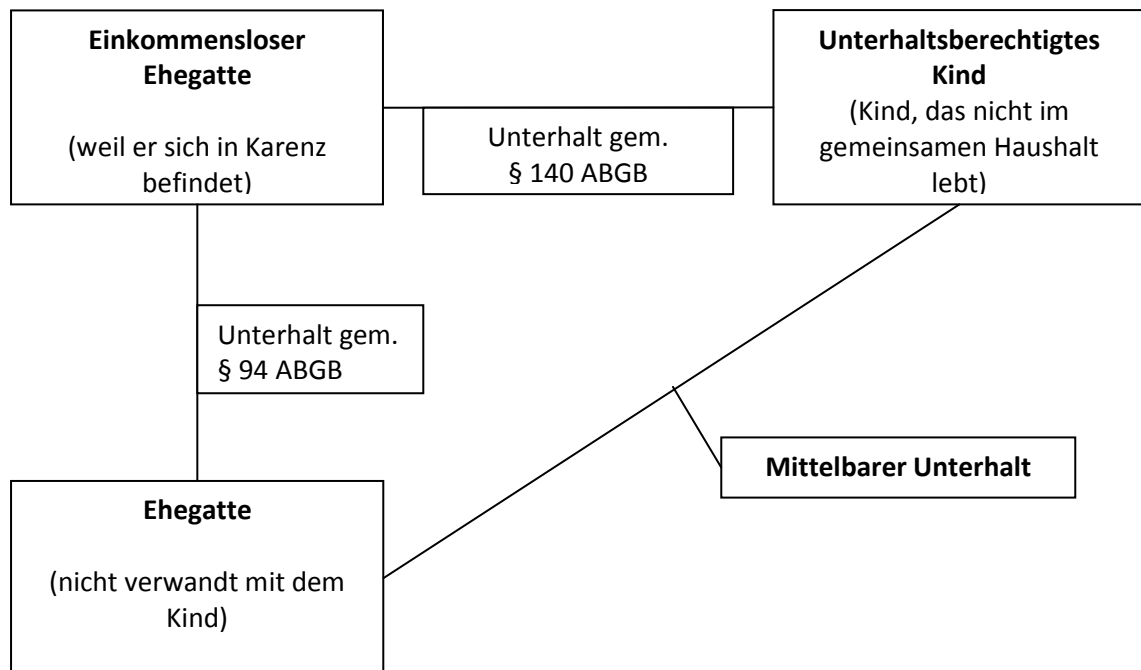
¹¹⁴ *Schwimann*, Leistung von Kindesunterhalt aus eigenen Unterhaltseinnahmen der Eltern?, NZ 1998, 289.

¹¹⁵ § 140 ABGB.

¹¹⁶ § 94 (2) ABGB, „Der Ehegatte, der den gemeinsamen Haushalt führt, leistet dadurch seinen Beitrag im Sinn des Abs. 1; er hat an den anderen einen Anspruch auf Unterhalt“.

¹¹⁷ *Schwimann*, Leistung von Kindesunterhalt aus eigenen Unterhaltseinnahmen der Eltern?, NZ 1998, 289.

Folgende Abbildung soll das verdeutlichen:



Die Rechtsprechung des OGH reagiert sehr unterschiedlich auf die mittelbare Unterhaltspflichtung.¹¹⁸ So lehnt er z.B. die Ansicht ab, dass die Unterhaltsansprüche von Kindern, die nicht im gemeinsamen Haushalt leben wie der Vater, nach dem „Anspruch auf Geldunterhalt zu berechnen sei, den der Vater gegen seine Ehefrau hätte“.¹¹⁹ Das heißt, dass die Ehegattin nicht dazu angehalten ist, die Unterhaltspflichten des Ehegatten über den Ehegattenanspruch „mittelbar“ zu übernehmen. Allerdings darf hier nicht übersehen werden, dass, wenn sich ein Vater in Karenz begibt, und er Unterhaltspflichten gegenüber weiteren Kindern hat, es eigentlich immer zur Anspannung auf das vorherige Einkommen kommt.¹²⁰ Daher stellt sich die Frage nach einer mittelbaren Unterhaltspflichtung bei Vätern überhaupt nicht. Sie hat nur in den Fällen eine Relevanz, in denen es zu keine Anspannung kommt.

Bei Müttern hingegen kommt es in der Regel während der Karenz nicht zur Anspannung, da es hier eine deutliche Geschlechterdifferenzierung die Anspannung betreffend gibt.¹²¹ Die

¹¹⁸ Schwimann, Leistung von Kindesunterhalt aus eigenen Unterhaltseinnahmen der Eltern?, NZ 1998, 289.

¹¹⁹ OGH 3 Ob 569/94.

¹²⁰ Siehe dazu Kapitel Väterkarenz.

¹²¹ Siehe dazu Kapitel Mütterkarenz.

Frage ist, muss der Unterhalt, den die Mutter bekommt, mit in die Bemessungsgrundlage für ihre unterhaltsberechtigten Kinder einbezogen werden?

Die alte, damals noch ständige Rechtsprechung lehnte „eine „mittelbare“ Unterhaltspflicht des Ehegatten für die vor- oder andersehelichen Kinder des anderen Ehegatten in dem Sinne ab, dass eine Deckung des Kindesunterhaltes aus den eigenen Unterhaltseinnahmen des nicht verdienenden Elternteiles ausscheidet“.¹²² Demnach sind Unterhaltsansprüche für die Bemessungsgrundlage weder Einkommen noch Vermögen.¹²³

Die neue Rechtsprechung vertritt nun die Rechtsauffassung, dass auch gesetzliche Unterhaltsansprüche mit in die Bemessungsgrundlage für die Unterhaltspflichten einzubeziehen sind.¹²⁴ Dies trifft auf Geldunterhaltsansprüche z.B. gegenüber einem Elternteil oder dem geschiedenen Ehegatten oder bei Ehegatten nach Haushaltstrennung zu.¹²⁵ Auch bei Naturalunterhaltsleistungen tendiert die Rechtsprechung nun dazu, diese als Bemessungsgrundlagen erhöhendes Einkommen zu werten. Das wirft dahingehend Probleme auf, da die Naturalleistungen in der Regel ausschließlich vom Empfänger verwendet werden und dementsprechend nicht in Geld umgewandelt werden können. Daher können diese auch nicht an den Unterhaltsberechtigten weitergegeben werden. Den Unterhaltsschuldner trifft die Anspannungsobliegenheit alle Möglichkeiten auszunutzen, um den Natural- in einen Geldunterhalt umzuwandeln. Das führt dazu, „dass ein in Geld empfangener Unterhaltsteil unter Umständen vollständig an das Kind weiterzuleiten ist“.¹²⁶ Die Deckung des eigenen Bedarfs erfolgt dann aus den Naturalleistungen. In der Regel wird aber davon auszugehen sein, dass auch ein Teil des Geldunterhaltes dem Unterhaltsschuldner verbleibt, denn dieser kann mit von der Belastungsgrenze umfasst sein.¹²⁷

In der Praxis greift die Rechtsprechung auf einen Einbezug der Unterhaltsempfänge in die Bemessungsgrundlage zurück, wenn der Unterhaltsschuldner nicht (weiter) angespannt werden kann. Teilweise werden in der Rechtsprechung nur hohe Unterhaltseinnahmen als Einkommen gewertet, dass dann aber wiederum inkonsequent ist, denn wenn die Unterhaltsempfänge unterhaltsrechtlich als Einkommen gewertet werden, müssten sie stets in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden. Die Alternative wäre die aber von der Rsp

¹²² Leistung von Kindesunterhalt aus eigenen Unterhaltseinnahmen der Eltern?, Schwimann, NZ 1998, 289.

¹²³ Leistung von Kindesunterhalt aus eigenen Unterhaltseinnahmen der Eltern?, Schwimann, NZ 1998, 289.

¹²⁴ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁵ (2010), 14.

¹²⁵ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁵, 14.

¹²⁶ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁵, 15.

¹²⁷ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁵, 15.

abgelehnt wird, dass sie generell aus dem Einkommensbegriff ausscheidet und nur ausnahmsweise, wie im Fall von Rechtsmissbrauch, in die Bemessungsgrundlage einzurechnen ist.¹²⁸

„Völlig unbestritten ist der Grundsatz, dass die Einbeziehung eines Unterhaltsanspruchs gegen einen Dritten in die Bemessungsgrundlage **nicht** zu einer **mittelbaren Unterhaltspflicht** des Dritten führen darf“.¹²⁹

Darunter ist zu verstehen, dass der Dritte nicht dazu verpflichtet werden kann, mehr an Unterhalt zu zahlen als er nach seiner Pflicht nach muss. Er muss die Unterhaltspflicht seines Unterhaltsberechtigten daher nicht mit einer Erhöhung des zu zahlenden Unterhaltes ausgleichen. Für den Dritten darf es zu keiner Unterhaltserhöhung kommen.¹³⁰

Auch beim geschiedenen Unterhalt ist die neue Ehegattin nicht verpflichtet, ihren Gatten durch zusätzliche Barmittel in die Lage zu versetzen, seiner geschiedenen Gattin höhere Alimente zu zahlen.¹³¹

Dass die Eheleute einen Unterhaltsanspruch gegenüber einander haben, darf aber nicht dazu führen, dass der Ehegatte, der subsidiär zum Unterhalt verpflichteten Großmutter durch seine Mittel für den Unterhalt für ihren Enkel aufkommt. „Solches muss der Ehegatte nicht hinnehmen, weil jegliche "mittelbare" Unterhaltsverpflichtung abzulehnen ist (JBI 1987, 715; ÖA 1984, 102; JBI 1993, 243)“.¹³²

Schwimann lehnt die neue Rsp entschieden ab. Diese Meinung bringt er auch im Aufsatz „Leistung von Kindesunterhalt aus eigenen Unterhaltseinnahmen der Eltern?“ deutlich zum Ausdruck. Seiner Ansicht nach sind Unterhaltseinkünfte jenen Einkünften gleich, die dem Ausgleich eines tatsächlichen Aufwandes dienen und somit müssten auch diese aus der Bemessungsgrundlage ausscheiden.

In Erwägung zieht er die Möglichkeit den Einbezug von Unterhaltseinnahmen analog auf Missbrauchsfälle einzuschränken und zwar dann, wenn der Elternteil nicht angespannt werden kann, er aber Unterhalseinnahmen in Luxushöhe hat. Allerdings sollte im Regelfall es bei

¹²⁸ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁵, 16.

¹²⁹ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁵, 16.

¹³⁰ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁵, 16.

¹³¹ OGH 3 Ob 5/94.

¹³² OGH 1 Ob 553/95.

einer Anspannung auf eine tatsächliche zumutbare Teilzeit- oder Nebenbeschäftigung bleiben. Ist eine Anspannung nicht möglich, so muss der Unterhalt am tatsächlichen Einkommen, wie etwa Karenzurlaubsgeld, erfolgen.¹³³

Als Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehendes Einkommen sind nach Ansicht der Gerichte alle tatsächlich erzielten Einnahmen des Unterhaltsschuldners zu verstehen, über die er verfügen kann. Einnahmen, die der Abgeltung von effektiven Auslagen dienen, sind davon ausgenommen. Allerdings trifft dies nicht auf Unterhaltsempfänge eines Ehegatten zu, wenn es um die gegen ihn gerichteten Unterhaltsansprüche seiner Kinder geht. Denn auch solche Zuflüsse erhöhen die allgemeine Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, weshalb ein Ausschluss aus der Bemessungsgrundlage nicht sachgerecht wäre.¹³⁴

Daher ist auch eine nicht berufstätige Mutter dazu verpflichtet, aus den Mitteln des ihr durch den Vater geleisteten Unterhaltes, Unterhalt an ihr, in der Obsorge des Vaters befindlichen Kindes, zu zahlen. Wobei aber beträchtliche Einkommensunterschiede zu berücksichtigen sind.¹³⁵

„Eine mittelbare Verpflichtung des Ehepartners, den Unterhalt jener Personen zu decken, für die sein Gatte gesetzlich unterhaltspflichtig ist, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Durch solche Pflichten wird der vom Gatten gemäß § 94 Abs 2 erster Satz ABGB zu leistende Unterhalt nicht erhöht.“¹³⁶

Ich kann der neuen Rechtsprechung teilweise zustimmen, dass, wenn eine Anspannung nicht möglich ist, es zu einer Einbeziehung der eigenen Unterhaltsempfänge in die Unterhaltsbemessungsgrundlage kommt. Denn die Unterhaltsempfänge erhöhen die finanziellen Mittel des Unterhaltsschuldners und es ist nur gerecht, wenn der Unterhaltsschuldner seine Kinder angemessen an seinen Mitteln teilhaben lässt. Befindet sich der Unterhaltsschuldner in Karenz, und ist er deshalb nicht anspannbar, da es sich um eine Mutter handelt, so ist es nach gegenwärtiger Rechtslage im Sinne der Gleichbehandlung der Kinder untereinander nur gerecht, wenn auch diese Empfänge mit einbezogen werden. Allerdings scheint mir, dass das ganze Konstrukt der mittelbaren Unterhaltspflicht auf der nach dem Geschlecht unterschiedlichen Handhabung bei der Karenz zu beruhen. Da bei Müttern

¹³³ Leistung von Kindesunterhalt aus eigenen Unterhaltseinnahmen der Eltern?, Schwimann, NZ 1998, 289.

¹³⁴ OGH 5 Ob 3/97w; OGH 1 Ob 288/04s ; OGH 10 Ob 76/09p.

¹³⁵ OGH 5 Ob 3/97w; OGH 9 Ob 80/01g; OGH 1 Ob 288/04s.

¹³⁶ OGH 5 Ob 3/97w; OGH 9 Ob 373/97m; OGH 5 Ob 140/98v; OGH 1 Ob 288/04s.

die Anspannung nicht greift, wird, um den nicht bei den Müttern untergebrachten Kindern den Unterhalt zu gewährleisten auf andere Mechanismen zurück gegriffen. Würde die Anspannung bei der Karenz für beide Geschlechter einheitlich geregelt, müsste man sich wieder Gedanken um die Einbeziehung der eigenen Unterhaltsempfänge in die Bemessungsgrundlage machen.

6 Anspannung in der Mütterkarenz

6.1 Allgemeine Grundsätze und Rechtsansichten

Wie bereits bekannt, sind Unterhaltsansprüche von Kindern aus zwei oder mehreren Ehen, bzw. Beziehungen einander gleichrangig. Daher sind an den Unterhaltspflichtigen umso strengere Anforderungen zu stellen, je umfangreicher seine Sorgepflichten sind. Erfüllt nun der/die Unterhaltsschuldner/In seinen/ihren Kindern aus der Zweiten Beziehung seine Unterhaltspflicht durch deren vollständige Betreuung im Haushalt, so hat er/sie seine/ ihre Lebensverhältnisse derart zu gestalten, dass sowohl der Geldalimentations- als auch der Betreuungspflicht nachgekommen werden kann. Denn es würde dem Gleichbehandlungsgebot zuwider laufen, wenn den Kindern aus der zweiten Beziehung der volle Unterhalt in Form der häuslichen Betreuung zukommt, aber den Kindern aus der ersten Beziehung der Geldunterhalt auf Grund der Einkommenslosigkeit verwehrt wird.

Kann einem Elternteil angesichts der gegenwärtigen Umstände eine Erwerbstätigkeit zugemutet werden, so ist bei unterlassen, auf jenes fiktive Einkommen anzuspannen, das der Elternteil bei seiner Berufsausbildung und Arbeitsmarktlage erzielen könnte.¹³⁷

6.2 Anspannung der Mütter während der Karenz?

Bei Vätern, die Karenz in Anspruch nehmen, bzw. nehmen würden, kommt es aufgrund der oben dargelegten Rechtsansicht in der Regel zur Anspannung auf das bisherige, nunmehr fiktive Einkommen.¹³⁸ Für Mütter, die Karenzurlaub in Anspruch nehmen, hat sich eine andere Rechtsmeinung entwickelt. Obwohl die obigen Ausführungen/ Prinzipien auch für Mütter gelten, kommt es bei ihnen nicht zur Anspannung auf das erzielbare Einkommen, da nach Ansicht der Gerichte die Kinder bis zu einem Alter von drei Jahren der mütterlichen Zuwendung in besonderem Ausmaß bedürfen.¹³⁹ Danach können auch Dritte, wie Kindergarten und sonstige Betreuungseinrichtungen die Beaufsichtigung zumindest teilweise

¹³⁷ OGH 1 Ob 621/93.

¹³⁸ Siehe dazu genauer: Kapitel Väterkarenz.

¹³⁹ OGH 1 Ob 621/93; OGH 1 Ob 595/91.

übernehmen. Ab diesem Zeitpunkt sind dann auch Mütter auf eine Teil- bzw. Vollzeitbeschäftigung anzuspannen.¹⁴⁰

6.3 Ausschluss der Anspannung bei Müttern, wenn sie ein noch nicht drei Jahre altes Kind betreuen?

Die Rechtsansicht, dass eine Anspannung der Mutter ausgeschlossen ist, solange das zu betreuende Kind das dritte Lebensjahr nicht vollendet hat, wurde nicht vom OGH geschaffen, sondern durch ständige Rechtsprechung der Gerichte zweiter Instanz. Eine Berufstätigkeit der Mutter kann bis zur Erreichung des dritten Lebensjahres ihres Kleinkindes nämlich nicht zugemutet werden.¹⁴¹ Der OGH hat diese Frage nicht ausdrücklich beantwortet, daher finden sich diesbezüglich kaum Entscheidungen.¹⁴²

Der erkennende Senat hat in der Entscheidung 4 Ob 2233/96b erwogen, dass es zweifelhaft sein mag, wenn „eine Mutter, welche ein Kind im Alter von unter drei Jahren betreut, keinesfalls auf eine (Teilzeit-)Beschäftigung angespannt werden darf.“ Gitschthaler vertritt dazu die Ansicht, die Judikatur der Gerichte zweiter Instanz sei schon deshalb abzulehnen, weil auch Männern dieser Einwand nicht zusteht. Gibt der Vater seine Beschäftigung auf, um sein Kind zu betreuen, so darf es auf Seiten der Unterhaltspflichtigen keinen Unterschied zwischen Männern und Frauen geben.¹⁴³ Daher spricht der Senat auch aus, dass bei Berechtigung dieses Rechtssatzes auch ein Mann, der sich anstelle der Mutter um das Kleinkind kümmert, nicht angespannt werden darf. Allerdings vertritt der OGH die Meinung, dass in Fällen, in denen die auf Geldunterhalt angewiesenen Kinder in Not geraten würden von der Mutter oder dem Haushalts führenden Vater durchaus verlangt werden kann, ihr auch noch nicht dreijähriges Kind in eine Betreuungseinrichtung zu geben, um arbeiten zu gehen. Im zugrunde liegenden Fall wurde aber ausgesprochen, dass es eine weitaus größere Härte wäre, von der Mutter zu verlangen arbeiten zu gehen und ihr noch nicht drei Jahre altes Kind

¹⁴⁰ OGH 1 Ob 595/91.

¹⁴¹ OGH 4 Ob 2233/96b.

¹⁴² OGH 4 Ob 2233/96b.

¹⁴³ *Gitschthaler*, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht - 20 Jahre später, ÖJZ 1996, 553ff.

in fremde Hände zu geben, als dass der Geldunterhaltsberechtigte Minderjährige, der eine Lehrlingsentschädigung erwirtschaftet, nicht den begehrten Unterhalt bekommt.¹⁴⁴

6.4 Das Kinderbetreuungsgeld ist in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen?

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH und den sich daraus gebildeten Rechtssatz sind auch öffentlich-rechtliche Leistungen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen.¹⁴⁵ Das galt auch für das Karenzgeld, das nun durch das Kinderbetreuungsgeld ersetzt wurde. Erbringt nun ein Elternteil seine Unterhaltsverpflichtung seinen Kindern aus zweiter Ehe gegenüber durch deren vollständige häusliche Betreuung, so hat er seine Lebensverhältnisse derart zu gestalten, dass er auch seiner Geldalimentationspflicht nachkommen kann. Da die Unterhaltsansprüche von Kindern grundsätzlich gleichrangig sind, läuft es dem Gleichheitsgrundsatz zuwider, den Kindern aus der zweiten Beziehung die volle Unterhaltsleistung in Form von Naturalunterhalt zu gewähren, während er den Kindern aus der ersten Beziehung den Geldunterhalt unter Berufung auf seine Einkommenslosigkeit verwehrt.¹⁴⁶

Der § 42 KBGG bringt nun das Kinderbetreuungsgeld und Unterhaltsansprüche in Beziehung, das in weiterer Folge zu verfassungsrechtlichen Bedenken geführt hat.¹⁴⁷ Die Bestimmung lautet wie folgt:

„Das Kinderbetreuungsgeld und der Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld gelten weder als eigenes Einkommen des Kindes noch des beziehenden Elternteils und mindern nicht deren Unterhaltsansprüche.“¹⁴⁸

Im zugrundeliegenden Fall ist die Mutter, für ihre drei Kinder aus erster Ehe geldunterhaltspflichtig. Sie bezieht Kinderbetreuungsgeld, da sie sich der Pflege und Erziehung ihrer neugeborenen Zwillinge widmet. Kraft gesetzlicher Anordnung gilt das

¹⁴⁴ OGH 4 Ob 2233/96b.

¹⁴⁵ OGH 2 Ob 253/09h; OGH 1 Ob 22/09f; OGH 6 Ob 72/10x; OGH 7 Ob 166/10b.

¹⁴⁶ OGH 9 Ob 120/03t; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 7 Ob 223/08g.

¹⁴⁷ OGH 7 Ob 223/08g.

¹⁴⁸ § 42 u. § 43 KBGG.

Kinderbetreuungsgeld allerdings nicht als ihr Einkommen, das zur Folge hat, dass sie als einkommenslos gilt. Daher müsste sie ihren anderen Kindern unmittelbar daraus keinen Geldunterhalt leisten. Dies würde zu einer Ungleichbehandlung gegenüber den Kindern aus der ersten Ehe führen, da die Zwillinge den vollen Unterhalt bekämen. Daher hat der erkennende Senat aufgrund der Ungleichbehandlung verfassungsrechtliche Bedenken.¹⁴⁹

Diese Bestimmung hat zu Unklarheiten geführt, wie dieser Paragraph aufzufassen ist, bzw. ob das Kinderbetreuungsgeld in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen ist. Der OGH hat daher gegen die Wortfolge „noch des beziehenden Elternteils“ im § 42 KBGG sowie gegen den § 43 Abs 1 KBGG¹⁵⁰ wegen verfassungsrechtlicher Bedenken, einen Gesetzesprüfungsantrag an den VfGH gestellt.¹⁵¹

Der Verfassungsgerichtshof hat dazu ausgeführt, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die erwähnten Bestimmungen bestünden.¹⁵²

In weiterer Folge hat der OGH festgestellt, dass sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut des § 42 KBGG die Möglichkeit einer verfassungskonformen Differenzierung zwischen unterhaltsberechtigten und unterhaltspflichtigen Kinderbetreuungsgeldbeziehern ergibt.¹⁵³ Denn § 42 KBGG behandelt nur den Fall des Kinderbetreuungsgeldbeziehers als Unterhaltsberechtigter. Das heißt, dass das Beziehen von Kinderbetreuungsgeld nicht die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kinderbetreuungsgeldbezieher schmälert. Dieser Elternteil bekommt dann Kinderbetreuungsgeld und Unterhalt.¹⁵⁴ Für den Fall, dass der Kinderbetreuungsgeldbezieher selbst Unterhaltspflichtiger ist, trifft § 42 KBGG allerdings keine Aussage, bzw. rechtliche Handhabe, ob nun das Kinderbetreuungsgeld in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen ist oder nicht.¹⁵⁵

¹⁴⁹ OGH 7 Ob 223/08g.

¹⁵⁰ Der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld und der Anspruch auf Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld sind gemäß § 290 der Exekutionsordnung (EO) nicht pfändbar.

¹⁵¹ OGH 7 Ob 223/08g.

¹⁵² GZ G 9/09, G 42/09; OGH 6 Ob 72/09w.

¹⁵³ OGH 10 Ob 112/08f.

¹⁵⁴ OGH 10 Ob 40/09v; OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 76/09p; OGH 7 Ob 227/09x.

¹⁵⁵ OGH 4 Ob 133/09a.

Da § 42 KBGG keine Aussage zur Einbeziehung des Kinderbetreuungsgeldes in die Unterhaltsbemessungsgrundlage enthält, ist das Kinderbetreuungsgeld nach den allgemeinen unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu behandeln.¹⁵⁶

Nach ständiger Rechtsprechung fallen Sozialleistungen, die für den Allgemeinbedarf des Empfängers zur Verfügung stehen unabhängig von einer Zweckbestimmung in die Unterhaltsbemessungsgrundlage.¹⁵⁷ Dies gilt auch für das Kinderbetreuungsgeld. Das Einkommen des Unterhaltspflichtigen ist die Summe aller ihm tatsächlich zufließenden Mittel, wobei unterhaltsrechtlich beachtliche Abzüge und Aufwendungen zu berücksichtigen sind. Ungeachtet der Unpfändbarkeit des Karenzurlaubsgeldes ist es der Unterhaltsbemessung zugrunde zu legen.¹⁵⁸

Das heißt, das Kinderbetreuungsgeld ist in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen!¹⁵⁹

6.5 OGH- handhabe bei geldunterhaltspflichtigen Müttern, die sich in Karenz befinden

Obwohl es sich, bei einer Mutter, die ein Kind unter drei Jahren betreut nicht angespannt werden darf, um keinen Rechtsatz handelt, erwähnt der OGH aktuell in seinen Entscheidungen, dass eine Anspannung alleine aus diesem Grund schon grundsätzlich nicht möglich ist.¹⁶⁰ Es kommen „keine“ Fälle vor den OGH, in denen es darum geht, ob eine Mutter, die sich in Karenz befindet, bzw. Kinderbetreuungsgeld bezieht, angespannt werden kann oder nicht. Der OGH entscheidet ständig lediglich darüber, ob das damalige Karenzgeld und nunmehr das Kinderbetreuungsgeld in die Bemessungsgrundlage für den Geldunterhalt, den die Mütter (die sich in Karenz befinden) zu zahlen haben, mit einzubeziehen ist.¹⁶¹

¹⁵⁶ OGH 4 Ob 133/09a.

¹⁵⁷ RS0047454; RS0080395.

¹⁵⁸ OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 76/09p; OGH 1 Ob 22/09f; OGH 3 Ob 134/10t.

¹⁵⁹ OGH 4 Ob 133/09a; OGH 2 Ob 15/09h; OGH 10 Ob 76/09p; OGH 1 Ob 22/09f; OGH 8 Ob 75/10b.

¹⁶⁰ OGH 10 Ob 40/09v; OGH 1 Ob 7/04t.

¹⁶¹ OGH 10 Ob 40/09v; OGH 10 Ob 112/08f; OGH 4 Ob 133/09a; OGH 7 Ob 223/08g.

Die Anspannung einer Mutter auf eine Erwerbstätigkeit neben der Versorgung eines noch nicht drei Jahre alten Kleinkindes ist grundsätzlich nicht möglich.¹⁶²

Daher ergibt sich folgendes Bild: Mütter, die sich um ein Kind kümmern, das noch nicht drei Jahre alt ist, werden nicht angespannt, da ihnen keine Erwerbstätigkeit neben der Betreuung des Kleinkindes zugemutet werden kann. Daher ist eine Anspannung während der Karenz für Mütter ein Riegel vorgeschoben, weil das Kind immer unter drei Jahre alt ist. Dennoch haben Mütter in der Regel Geldunterhalt für ihre anderen Kinder zu leisten, da es sonst zu einer Ungleichbehandlung ihrer Kinder kommen würde. Daher wird jenes Geld, das der Mutter zur Verfügung steht, das sind Beihilfen, das Kinderbetreuungsgeld, das Einkommen aus einer allfälligen Nebenerwerbstätigkeit in die Bemessungsgrundlage mit einbezogen und der Geldunterhalt von diesem berechnet.¹⁶³ Geht nun die Mutter einer Teilzeitbeschäftigung, z.B. als Putzfrau nach, so ist dieses Gehalt mit in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen.¹⁶⁴ Würde sie keiner Tätigkeit nachgehen, so kann sie auch nicht auf diese angespannt werden, da neben der Betreuung des Kleinkindes ihr dies nicht zugemutet werden kann. Daher würden dann nur die übrigen Bezüge der Mutter in die Bemessungsgrundlage mit einbezogen werden.

Geht die Mutter keiner Beschäftigung nach und wurde ein Unterhalt aufgrund des fiktiven, möglichen Einkommens errechnet, so besteht die Unterhaltspflicht der Mutter in der bisherigen Höhe, wenn sie ein weiteres Kind geboren hat, nur weiter, wenn ihr eine Beschäftigung zu einem entsprechend hohen Entgelt möglich und zumutbar wäre, das nach derzeitiger Rechtsansicht zu verneinen ist. Oder wenn sie tatsächlich einer solchen nachginge. Die Anspannung der Mutter wäre dann zumutbar, wenn die Versorgung des Kleinkindes durch den Vater sichergestellt sein sollte.¹⁶⁵

Bezieht eine Mutter 600 Euro an Kindergeld und betreut sie alleine zwei Kinder, weil der Vater verstorben ist, wobei das jüngere nicht einmal eineinhalb Jahre alt ist, so ist ihr eine Beschäftigung nicht zumutbar. Ist sie dann auch noch für zwei weitere Kinder geldunterhaltspflichtig, so ist es durchaus gerechtfertigt, einen wenn auch geringen Teil für deren Unterhalt abzuzweigen. Allerdings muss der Unterhaltsschuldnerin von dem ihr zur Verfügung stehenden Geld, in diesem Fall nur Kindergeld, so viel verbleiben, dass ihr eigener

¹⁶² OGH 10 Ob 40/09v.

¹⁶³ OGH 10 Ob 40/09v; OGH 10 Ob 112/08f; OGH 4 Ob 133/09a; OGH 7 Ob 223/08g.

¹⁶⁴ OGH 4 Ob 133/09a.

¹⁶⁵ OGH 10 Ob 40/09v.

notwendiger Unterhalt und der von den ihr zu betreuenden Kindern nicht gefährdet wird. Sonst wäre ihre wirtschaftliche Existenz in Gefahr. Verteilt man nun die zur Verfügung stehenden Mittel bedarfsgerecht und lässt auch die nicht im Haushalt der Mutter lebenden Kinder an deren Lebensverhältnissen angemessen teilhaben, so kann ein Unterhaltstitel von 30 Euro pro Kind geschaffen werden.¹⁶⁶

6.6 Anspannung für den Zeitraum des Beschäftigungsverbotes nach der Geburt des Kindes nach dem Mutterschutzgesetz¹⁶⁷

Geht eine Mutter seit Jahren keiner Beschäftigung nach, so wird ein Unterhaltstitel aufgrund der Anspannung ihrer Leistungsfähigkeit auf das von ihr erzielbare Einkommen festgesetzt. Bekommt sie nun ein Kind, unterliegt sie für einen Zeitraum nach der Geburt des Kindes einem Beschäftigungsverbot. Für diesen Zeitraum kommt eine Anspannung nicht deshalb in Betracht, weil sie keiner Beschäftigung nachging, wohl aber ihm Hinblick darauf, dass, wäre sie einer Arbeit nachgegangen, sie Anspruch auf Fortbezug des Arbeitsentgeltes hätte. Hindert die unterhaltspflichtige Mutter die Fortzahlung des Entgeltes für die Dauer des Beschäftigungsverbotes, weil sie es unterlässt einer zumutbaren Beschäftigung nachzugehen, so ist eine Anspannung möglich.¹⁶⁸

Eine Anspannung der unterhaltspflichtigen Mutter bis zur Höhe des Wochengeldes für die Dauer des Beschäftigungsverbotes ist möglich.¹⁶⁹

In einem anderen Fall, den der OGH zur Entscheidung vorgelegt bekam, entschied er, dass obwohl auch hier die Mutter Jahrelang zuvor keiner Beschäftigung nachging und der Unterhalt auf ein von ihr erzielbares Einkommen angespannt wurde, hier eine Anspannung nicht mehr zutreffend ist, da die Mutter zwischenzeitlich einer Tätigkeit nachging. Eine neuerliche Festsetzung des Unterhaltes wäre anhand des tatsächlichen Einkommens möglich gewesen, hat aber tatsächlich nicht stattgefunden. Daher ist eine Anspannung während des Beschäftigungsverbotes nicht geboten, weil es von obig angeführter Rechtsansicht verschieden ist. Da der Mutter im konkreten Fall im Zeitraum in dem sie Wochengeld bezog, für sich und die zwei von ihr zu betreuenden Kinder, nur ein Betrag von 325 Euro monatlich

¹⁶⁶ OGH 1 Ob 7/04t.

¹⁶⁷ StF: BGBl. Nr. 221/1979; BGBl. I Nr. 58/2010.

¹⁶⁸ OGH 1 Ob 43/00f; OGH 6 Ob 208/97z; OGH 6 Ob 659/95.

¹⁶⁹ OGH 1 Ob 43/00f; OGH 6 Ob 208/97z; OGH 6 Ob 659/95.

zur Verfügung hatte, konnte die Mutter zumutbarer Weise keine Geldunterhaltsleistung für die zwei nicht in ihrem Haushalt lebenden Kinder erbringen.¹⁷⁰

¹⁷⁰ OGH 1 Ob 7/04t.

7 Unterschiede bei der Anspannung von Müttern und Vätern

7.1 Verdeutlichung der Unterschiede anhand eines Falles

Das in den vorigen Kapiteln Erörterte, soll anhand eines fiktiven Sachverhaltes beurteilt werden, um so die Unterschiede in der Handhabung des Anspannungsgrundsatzes bei Müttern und Vätern, die sich in „Karenz“ begeben, aufzuzeigen. Es soll dargelegt werden, wie es sich bei Müttern und Vätern- bezogen auf die Anspannung- verhält. Wie die Unterschiede aussehen, zu welchen Konsequenzen sie führen und in weiterer Folge, ob sie eine unterschiedliche Handhabung rechtfertigen.

Sachverhalt:

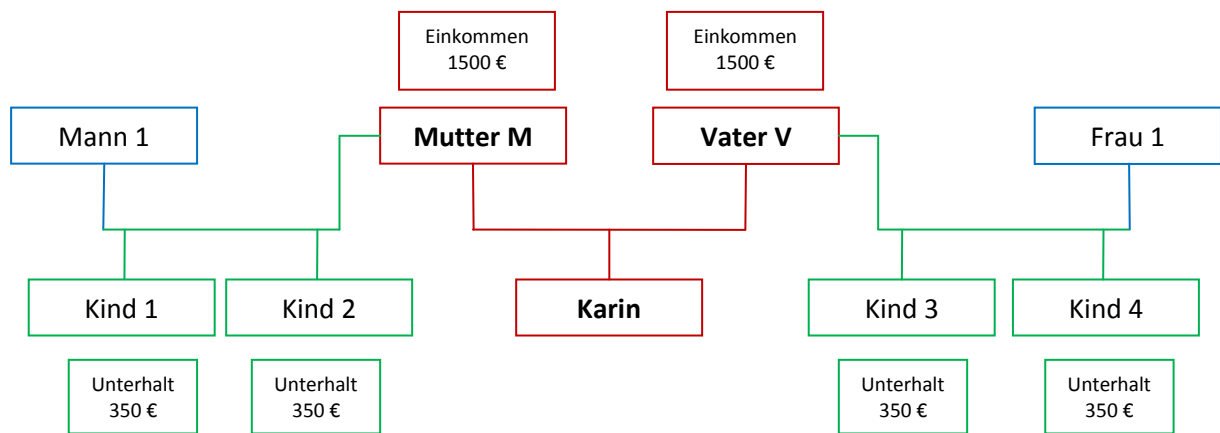
Die Mutter M und der Vater V haben ein 2 Monate¹⁷¹ altes Kind, namens Karin. Jeder der beiden Elternteile hat noch 2 weitere Kinder aus einer früheren Beziehung, für die sie geldunterhaltspflichtig sind. Beide Elternteile gingen bis zur Geburt ihres gemeinsamen Kindes einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nach, dabei erwirtschafteten jeder jeweils ein Nettoeinkommen von 1500 Euro¹⁷² monatlich. Für die nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder haben sie jeweils an Unterhalt 350 Euro pro Kind¹⁷³, demnach 700 Euro gezahlt, wobei die Minderung der Unterhaltspflichten durch das Neugeborene noch nicht berücksichtigt ist. Zur Verdeutlichung des Sachverhaltes soll das unten dargestellte Modell dienen.

¹⁷¹ Das Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz ist bereits abgelaufen.

¹⁷² Ergibt gerundet mit 13 und 14 Gehalt, im Jahr 30.000 Euro, errechnet mit <http://www.rechtsfreund.at/berechnungen/brutto-netto-rechner.htm>, 9.3.2011.

¹⁷³ Die Kinder sind jeweils älter als 15 Jahre, daher ergibt sich dieser Unterhaltsbetrag, errechnet mit <http://www.scheidungen.at/rechner.html>, 9.3.2011.

Abbildung: Sachverhalt



Die Eltern haben nun einige grundlegende Möglichkeiten, die wie folgt aussehen:

1. Beide gehen auch weiterhin, ihrer unselbständigen Tätigkeit nach. Ihre Tochter wird dazu z.B. in einer Kinderkrippe oder einer anderen geeigneten Betreuungseinrichtung untergebracht. Die Eltern beziehen kein Kinderbetreuungsgeld, da sie beide über der Zuverdienstgrenze Geld erwirtschaften.¹⁷⁴
2. Die Mutter bleibt zu Hause, um sich um Karin zu kümmern und bezieht Kinderbetreuungsgeld¹⁷⁵
3. Der Vater übernimmt, anstatt üblicherweise der Mutter, die Betreuung des Kindes und nimmt Karenz in Anspruch.
4. Beide Elternteile gehen einer Beschäftigung nach, wobei ein Elternteil seine Erwerbstätigkeit bis zur Zuverdienstgrenze zum pauschalierten Kinderbetreuungsgeld einschränkt, um so zum erwirtschafteten Einkommen, das Kinderbetreuungsgeld zusätzlich zu erhalten. Auch hier wird das Kind größtenteils in einer Betreuungseinrichtung untergebracht.

¹⁷⁴ § 2 (1) Z. 3 KBGG.

¹⁷⁵ Wobei in erster Linie/ das Modell, das sie wählt, irrelevant bleibt.

7.1.1 Betreuung durch eine Tageseinrichtung, wobei beide Elternteile arbeiten

Beide Elternteile gehen aufgrund ihrer sonstigen Sorgepflichten, bzw. damit die nicht im gleichen Haushalt lebenden Kinder unterversorgt werden, ihren Erwerbstätigkeiten trotz Kleinkindes nach. Dazu wird das Kind in einer dementsprechenden Einrichtung untergebracht.

Die Gehälter der Mutter, sowie des Vaters betragen 1500 Euro netto pro Monat. Das entspricht, wenn man die Sonderzahlungen mit einrechnet und aufs Monat aufteilt, einem netto Einkommen von 1750 Euro pro Monat. Der Unterhalt der übrigen Kinder mindert sich, da eine Unterhaltspflicht gegenüber dem Neugeborenen besteht. Keiner der Eltern kann das Kinderbetreuungsgeld beziehen, da beide über der Zuverdienstgrenze des pauschalierten Kinderbetreuungsgeldes verdienen.¹⁷⁶

Daher ergibt sich folgende **finanzielle Situation**, wenn beide Elternteile voll berufstätig bleiben:

Abbildung: Finanzielle Situation, beide Elternteile berufstätig

Einkünfte/ Lasten	Euro pro Monat
Kinderbetreuungsgeld	0
Familienbeihilfe für Karin*	105,4
Kinderabsetzbetrag Karin**	58,4
Gehalt Mutter****	1750
Unterhaltsabsetzbetrag für das erste Kind der Mutter***	29,2
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind der Mutter***	43,8
Gehalt Vater****	1750
Unterhaltsabsetzbetrag für das erstes Kind des Vaters***	29,2
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind des Vaters***	43,8
Unterhalt Kind 1"	-332,5
Unterhalt Kind 2"	-332,5
Unterhalt Kind 3"	-332,5
Unterhalt Kind 4"	-332,5
zur Verfügung stehendes Geld für die ganze Familie	2479,8
"http://www.scheidungen.at/cgi-bin/rechner/rechner.cgi?ekeuro=1500&ekcent=&ek_art=unselb&ekpaeuro=&ekpacent=	
* www.arbeiterkammer.at/online/familienbeihilfe-2329.html; 14.3.2011	
** www.bmf.gv.at/Steuern/TippsfrdieArbeitneh_7636/SteuertarifundSteu_e_7922/Steuertarifund.htm; 14.3.20011	
*** www.arbeiterkammer.com/online/absetzbetraege-7987.html; 14.3.2011	
**** 13,14 Gehalt auf die Monate aufgeteilt	

¹⁷⁶ § 2 (1) Z. 3 KBGG, sowie §8b (1) KBGG; 1500 Euro netto pro Monat entspricht 30.430,39 Euro brutto pro Jahr und ist demnach eindeutig über der Zuverdienstgrenze von 16.200 Euro pro Jahr.
<http://www.karriere.at/seite/karriere-center-gehalt>, 17.5.2011.

Hier darf nicht übersehen werden, dass das 13. und 14. Gehalt von beiden Elternteilen bereits mit einbezogen wurde. Ohne Einbeziehung sind es nur 1979,8 Euro pro Monat die der Familie zur Verfügung stehen. Auch die Kosten für die Tagesbetreuungseinrichtung sind noch nicht berücksichtigt. Diese belasten die Familie noch zusätzlich.

Bei dieser Variante sind alle extern betreuten Kinder, Kind 1 bis Kind 4, finanziell versorgt. Allerdings wird das Kleinkind die meiste Zeit von einer Tagesbetreuungseinrichtung versorgt, das **möglicherweise** schädigende Auswirkungen auf die Entwicklung des Kleinkindes haben kann¹⁷⁷.

7.1.2 Betreuung durch die Mutter

Die Mutter M entscheidet sich zu Hause zu bleiben. Sie kümmert sich um ihre, kürzlich geborene Tochter. Da sie es für sehr wichtig erachtet, für eine möglichst lange Zeit bei ihrer Tochter zu bleiben, entschließt sie sich, die vollen 3 Jahre ihr Kind zu betreuen. Einer zusätzlichen Nebenerwerbstätigkeit geht sie nicht nach.

In dieser Zeit bezieht die Mutter kein Einkommen, erhält aber Kinderbetreuungsgeld in der Höhe von 14,53 Euro¹⁷⁸ pro Tag, das durchschnittlich in etwa 436 Euro im Monat entspricht. Allerdings ist die Mutter M ihren Kindern aus der früheren Beziehung¹⁷⁹ gegenüber nachwievor unterhaltspflichtig. Denn die Unterhaltsansprüche von Kindern sind gleichrangig, daher würde es dem Gleichheitsgrundsatz zuwiderlaufen dem Kind aus der zweiten Beziehung, Karin, die volle Unterhaltsleistung in Form von Naturalunterhalt zu gewähren, während sie den Kindern aus der ersten Beziehung den Geldunterhalt unter Berufung auf ihre Einkommenslosigkeit verwehrt.¹⁸⁰ Von den Gerichten wird die Rechtsmeinung vertreten, dass der Mutter eine Berufstätigkeit bis zur Erreichung des dritten Lebensjahres ihres Kleinkindes nicht zugemutet werden kann.¹⁸¹ Weil die Kinder bis zu diesem Alter der mütterlichen Zuwendung in besonderem Ausmaß bedürfen. Daher ist eine Anspannung der Mutter für diese Zeit nicht möglich.¹⁸² Die Mutter bezieht an Kindergeld nur

¹⁷⁷ Näheres dazu in einem späteren Kapitel.

¹⁷⁸ § 3. (1) KBGG iVm § 5. (1) KBGG.

¹⁷⁹ Siehe dazu Modell: Kind 1 und 2.

¹⁸⁰ OGH 9 Ob 120/03t; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 7 Ob 223/08g.

¹⁸¹ OGH 4 Ob 2233/96b.

¹⁸² OGH 1 Ob 621/93; OGH 1 Ob 595/91.

436 Euro. Von diesem Geld müsste sie auch einen Teil an ihre beiden anderen Kinder abgeben, da das Kinderbetreuungsgeld mit in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen ist.¹⁸³ Es muss aber der Mutter als Unterhaltsschuldnerin von dem ihr zur Verfügung stehenden Geld so viel verbleiben, dass ihr eigener, notwendiger Unterhalt und der von ihrer Tochter Karin nicht gefährdet wird. Daher kann angenommen werden, dass bei diesen finanziellen Verhältnissen kein Unterhaltstitel (oder maximal 20 Euro pro Kind) geschaffen werden kann.¹⁸⁴

Der Vater erhält ein Entgelt von 1500 Euro netto, wobei er für seine zwei anderen Kinder¹⁸⁵ Unterhalt von jeweils 332.50¹⁸⁶ Euro, demnach 665 Euro pro Monat zu zahlen hat. Für die Mutter ihres gemeinsamen Kindes ist er, da er mit ihr nicht verheiratet ist, nicht unterhaltspflichtig und kann dementsprechend für seine Unterhaltspflichten den Kindern „3“ und „4“ gegenüber nicht den Ehegattenunterhalt von bis zu 3% in Abzug bringen.

Bleibt nun die Mutter zu Hause um sich um ihre Tochter Karin zu kümmern, ergibt sich folgende **finanzielle Situation** (die üblichen Beihilfen sind einbezogen):

¹⁸³ OGH 4 Ob 133/09a; OGH 2 Ob 15/09h; OGH 10 Ob 76/09p; OGH 1 Ob 22/09f; OGH 8 Ob 75/10b.

¹⁸⁴ Siehe dazu: 1Ob7/04t.

¹⁸⁵ Siehe dazu Modell: Kind 3 und 4.

¹⁸⁶ Die jüngste Tochter mindert den Unterhaltsanspruch der übrigen Kinder von 20% auf 19%.

Abbildung: Finanzielle Situation, Mütterkarenz

Einkünfte/ Lasten	Euro pro Monat
Kinderbetreuungsgeld	436
Familienbeihilfe für Karin*	105,4
Kinderabsetzbetrag Karin**	58,4
Gehalt Mutter****	0
Unterhaltsabsetzbetrag für das erste Kind der Mutter***	0
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind der Mutter***	0
Gehalt Vater****	1750
Unterhaltsabsetzbetrag für das erste Kind des Vaters***	29,2
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind des Vaters***	43,8
Unterhalt Kind 1	0
Unterhalt Kind 2	0
Unterhalt Kind 3"	-332,5
Unterhalt Kind 4"	-332,5
zur Verfügung stehendes Geld für die ganze Familie	1757,8
"http://www.scheidungen.at/cgi-bin/rechner/rechner.cgi?ekeuro=1500&ekcent=&ek_art=unselb&ekpaeuro=&ekpacent=	
* www.arbeiterkammer.at/online/familienbeihilfe-2329.html; 14.3.2011	
** www.bmf.gv.at/Steuern/TippsfrdieArbeitneh_7636/SteuertarifundSteu_e_7922/Steuertarifund.htm; 14.3.20011	
*** www.arbeiterkammer.com/online/absetzbetraege-7987.html; 14.3.2011	
**** 13,14 Gehalt auf die Monate aufgeteilt	

Bei einer bescheidenen Lebensführung kann eine Familie mit durchschnittlich rund 1750 Euro im Monat durchaus leben, wobei zu beachten ist, dass das 13. u. 14. Gehalt bereits mit einbezogen ist.

Es darf nicht übersehen werden, dass die beiden anderen Kinder der Mutter, Kind 1 und 2, keinen Unterhalt beziehen und so 3 Jahre lang finanziell unversorgt sind. Wo hingegen Karin, ihr Kind aus 2. Ehe hingegen die volle Unterhaltsleistung erhält.

Würde die Mutter das Zweijahreskinderbetreuungsmodell wählen oder eines der anderen, aber dennoch ihre Tochter bis zu einem Alter von 3 Jahren betreuen, so hätte das lediglich zur Folge, dass wahrscheinlich ein „bescheidener“ Unterhaltstitel für die Zeit des Beziehens des Kinderbetreuungsgeldes für die beiden anderen Kinder geschaffen werden könnte. Für die restliche Zeit würde die Mutter kein Kinderbetreuungsgeld erhalten und dementsprechend auch keinen Unterhalt zahlen können.

Eine Anspannung ist wie bereits mehrfach erwähnt auch nicht möglich, da der Mutter eine Erwerbstätigkeit nicht zumutbar ist. In weiterer Folge hätte die Familie nur (inklusive

Sonderzahlungen) 1270 Euro pro Monat zur Verfügung. Daher wird die Mutter, wenn sie sich um ihre Tochter bis zum Alter von 3 Jahren kümmern möchte, stets das Dreijahresmodell wählen, weil der Familie so am meisten Geld verbleibt, da bei diesem Modell keine Unterhaltszahlungen von ihr zu leisten sein werden.

7.1.3 Betreuung durch den Vater

Die heutige Gesellschaft sieht die Kindererziehung nicht mehr als alleinige Aufgabe der Frauen. Es hat ein Wandel dahingehend stattgefunden, dass auch Männer ihren Teil zum Haushalt und der Kinderbetreuung beizutragen haben. Traditionelle Rollenbilder verändern sich. Die Politik trägt dieser neuen Weltanschauung Rechnung und ermöglicht es den Männern, Karenz in Anspruch zu nehmen und sich so um ihre Kinder zu kümmern. Des Weiteren hört man in den Medien nur allzu oft, dass sich Väter bei der Kindererziehung mehr einbringen sollten und dass es schade sei, wenn Väter die Möglichkeit der Karenz nicht in Anspruch nehmen.

Wie sieht es nun aus, wenn bei oben dargestelltem Sachverhalt, anstelle der Mutter der Vater in Karenz geht und sich 3 Jahre um das gemeinsame Kind kümmert und währenddessen (so wie beim Beispiel der Mutterkarenz) keiner Beschäftigung nachgeht?

Der Vater bezieht Kinderbetreuungsgeld von 436 Euro pro Monat. Er ist für seine nicht im selben Haushalt lebenden Kinder geldunterhaltspflichtig, denn es gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz. Es würde diesem Grundsatz zuwider laufen, wenn der Vater nur dem einen Kind die volle Unterhaltsleistung, nämlich in Form der häuslichen Betreuung zuteil werden lässt, während er seinen anderen Kindern, für die er geldunterhaltspflichtig ist, den Unterhalt unter Berufung auf seine Einkommenslosigkeit verwehren würde.¹⁸⁷ Obwohl dieser Grundsatz, **Gleichbehandlungspflicht der eigenen Kinder**, auf Mütter und Väter gleichermaßen zutrifft, führt er anspruchsrrechtlich zu völlig verschiedenen Ergebnissen!¹⁸⁸

¹⁸⁷ OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 112/08f; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 1 Ob 595/91.

¹⁸⁸ Für Väter siehe: OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 112/08f; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 1 Ob 595/91; für Mütter siehe: OGH 9 Ob 120/03t; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 7 Ob 223/08g.

Nimmt der unterhaltspflichtige Vater Karenzurlaub in Anspruch, ist das kein Grund für eine Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber seinen anderen Kindern.¹⁸⁹ Denn nur ein durch berücksichtigungswürdige Umstände erzwungener Verzicht auf Erzielung eines höheren Einkommens darf zu Lasten eines Unterhaltsberechtigten führen. Was aber auf die Karenz beim Vater nicht zutrifft, da sie als nicht erzwungen gilt.¹⁹⁰ Anders als die Mutter in der vergleichbaren Situation/ wird der Vater auf sein früheres Einkommen angespannt, denn die Rechtsprechung geht hier von einer deutlichen Geschlechterdifferenzierung aus. Diese Differenzierung die nach Meinung Schwimms auf dem Grund beruht, dass die Mütter ihre unselbständige Berufstätigkeit zwingend vorübergehend einstellen müssen, während die Väterkarenz auf einer freien Entscheidung beruht ist nach seiner Ansicht abzulehen.¹⁹¹ Es wird fingiert, dass er nachwievoll voll erwerbstätig ist und 1500 Euro netto verdient. Den fiktiven Ehegatten- Unterhaltsanspruch nach § 94 Abs 2 ABGB¹⁹² von bis zu 3 %, kann der Vater, gegenüber seinen geldunterhaltsberechtigten Kindern auch nicht in Abzug bringen, da die beiden Elternteile nicht miteinander verheiratet sind. Die „Frage“ der Einbeziehung des Kinderbetreuungsgeldes in die Bemessungsgrundlage stellt sich hier nicht, da bei Vätern nicht von tatsächlich zur Verfügung stehenden Geldmitteln ausgegangen wird, sondern von jenem Einkommen, das sie vor ihrem Karenzantritt verdient hatten.

Es kommt zu dem Ergebnis, dass obwohl der Vater kein Einkommen erzielt, er an Geldunterhalt nachwievoll 332,5 Euro pro Kind zu zahlen hat. Dass dadurch der eigene Unterhalt des Vaters gefährdet ist, wird von der Judikatur nicht berücksichtigt.

Die Mutter erhält ein Entgelt von 1500 Euro netto, wobei sie für ihre zwei anderen Kinder¹⁹³ Unterhalt von jeweils 332,50¹⁹⁴ Euro, demnach 665 Euro pro Monat zu zahlen hat. Für den Vater ihres gemeinsamen Kindes ist sie, da sie mit ihm nicht verheiratet ist, nicht unterhaltspflichtig und kann dementsprechend für ihre Unterhaltspflichten den Kindern „1“ und „2“ gegenüber nicht den Ehegattenunterhalt von bis zu 3% in Abzug bringen.

Bleibt nun der Vater zu Hause um sich um seine Tochter Karin zu kümmern, ergibt sich nun folgende **finanzielle Situation** (übliche Beihilfen einbezogen):

¹⁸⁹ OGH 2 Ob 79/05i; OGH 8 Ob 44/03h; OGH 3 Ob 569/94; OGH 6 Ob 573/91.

¹⁹⁰ OGH 7 Ob 615/91.

¹⁹¹ Schwimm/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁵,69.

¹⁹² OGH 7 Ob 251/98g; OGH 3 Ob 569/94; OGH7 Ob 615/91.

¹⁹³ Siehe dazu Modell: Kind 1 und 2.

¹⁹⁴ Die jüngste Tochter mindert den Unterhaltsanspruch der übrigen Kinder von 20% auf 19%.

Abbildung: Finanzielle Situation, Väterkarenz

Einkünfte/ Lasten	Euro pro Monat
Kinderbetreuungsgeld	436
Familienbeihilfe für Karin*	105,4
Kinderabsetzbetrag Karin**	58,4
Gehalt Mutter****	1750
Unterhaltsabsetzbetrag für das erste Kind der Mutter***	29,2
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind der Mutter***	43,8
Gehalt Vater****	0
Unterhaltsabsetzbetrag für das erste Kind des Vaters***	0
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind des Vaters***	0
Unterhalt Kind 1"	-332,5
Unterhalt Kind 2"	-332,5
Unterhalt Kind 3"	-332,5
Unterhalt Kind 4"	-332,5
zur Verfügung stehendes Geld für die ganze Familie	1092,8
"http://www.scheidungen.at/cgi-bin/rechner/rechner.cgi?ekeuro=1500&ekcent=&ek_art=unselb&ekpaeuro=&ekpacent=	
* www.arbeiterkammer.at/online/familienbeihilfe-2329.html; 14.3.2011	
** www.bmf.gv.at/Steuern/TippsfrdieArbeitneh_7636/SteuertarifundSteu_e_7922/Steuertarifund.htm; 14.3.20011	
*** www.arbeiterkammer.com/online/absetzbetraege-7987.html; 14.3.2011	
**** 13,14 Gehalt auf die Monate aufgeteilt	

Die dreiköpfige Familie hätte lediglich einen durchschnittlichen Betrag von 1092,8 Euro pro Monat zur Verfügung, wobei das 13. und 14. Gehalt bereits einbezogen wurde. Ohne diese Zusatzgehälter läge das Monats- Einkommen bei 842,8 Euro.

Bei diesem Szenario sind zwar alle geldunterhaltsberechtigten Kinder, Kind 1 bis Kind 4, versorgt, allerdings ist bei den oben dargestellten finanziellen Mitteln ein Leben nicht möglich. Die Familie, inklusive dem Kind Karin, wäre unterversorgt.

Man sieht hier deutlich eine Ungleichbehandlung in der Anwendung der Anspannungstheorie. Sie führt dazu, dass nach derzeitiger Rechtslage der Vater nicht so wie die Mutter Karenz in Anspruch nehmen „kann“. Das hat zur Folge, dass bei diesem Fallszenario, wenn die Familie das Kind durch einen der beiden Elternteile versorgt haben will, die Mutter Karenz in Anspruch nehmen **muss**. Wobei dann ihre geldunterhaltsberechtigten Kinder notleiden müssen. Durch diese Anwendung des Anspannungsgrundsatzes wird einerseits die Mutter in die Kindeserziehung und wiederum in das damalig typische Rollenbild gedrängt, andererseits wird den Vätern die „Erziehung“ und Betreuung des eigenen Kindes vorenthalten.

Begründet wird diese unterschiedliche Handhabung der Anspannung dadurch, dass den Müttern eine Berufstätigkeit, solange das Kind nicht das dritte Lebensjahr vollendet hat, nicht zugemutet werden kann. Nach Meinung der Judikatur braucht das Kleinkind die mütterliche Zuwendung in besonderem Ausmaß.¹⁹⁵ Die vorübergehende Aufgabe der Erwerbstätigkeit für die Kindeserziehung beim Vater löst bei ihm in aller Regel die Anspannung aus.¹⁹⁶ Als Voraussetzung für die Anspannung, muss den Unterhaltsschuldner ein Verschulden daran treffen, nichts zu verdienen. Mittels Griff zu dem Modell des „pflichtbewussten Familienvaters“ ist bei ihm eine Erwerbstätigkeit nicht nur sehr wohl zumutbar, sondern sogar geboten. Der Entschluss eines Vaters, Karenz in Anspruch zu nehmen, wird als verschulden gewertet und führt daher zur Anspannung.¹⁹⁷

Es sieht so aus als ob nach Meinung der Gerichte, die Väter nicht so wichtig für die Kindeserziehung seien, wie die Mütter.

- Bei Müttern: Ausschluss der Anspannung, „weil sie nach deren Empfinden so wichtig für die Kindeserziehung sind“
- Bei Vätern: Volle Anspannung, da Karenzierung = Verschulden

Die Männer werden anscheinend nachwievor als die „Ernährer“, somit als diejenigen die das Einkommen erzielen, betrachtet, und die Frauen werden vorrangig für die Kindeserziehung zuständig angesehen.

Demnach liegt **möglicherweise** eine Ungleichbehandlung dem Geschlecht nach bei der Anwendung der Anspannungstheorie vor!

Dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu Folge muss Gleiches gleich behandelt werden und Ungleiches ungleich.¹⁹⁸

Ob nun die Mutter tatsächlich so wichtig für die Kindeserziehung im Kleinkindalter ist, bzw. diese mehr benötigt wird als der Vater und daher eine differenzierte Behandlung geboten ist, soll im nächsten Kapitel Anhand psychologischer und kindesentwicklungstechnischer

¹⁹⁵ OGH 1 Ob 621/93; OGH 1 Ob 595/91.

¹⁹⁶ Siehe dazu, Kapitel: Väterkarenz.

¹⁹⁷ Vergleiche dazu: *Schwimann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*⁵, 61/62.

¹⁹⁸ Art 2 StGG; Art 7 B-VG; Art 14 MRK, Art 5 7.ZPMRK.

Sichtweisen erörtert werden. Auch der nach meiner Ansicht nach bestehende gesetzliche Widerspruch soll aufgezeigt werden.

7.1.4 Teilweise Betreuung durch eine Tageseinrichtung, wobei ein Elternteil voll und der andere Teilzeit erwerbstätig ist

Auch hier gehen beide Elternteile einer Erwerbstätigkeit nach, um ihren übrigen Sorgepflichten nachkommen zu können. Wobei ein Elternteil seine Erwerbstätigkeit einschränkt, um 3 Jahre das Kinderbetreuungsgeld in Anspruch nehmen zu können.

Es ist ein Zuverdienst neben dem Bezug von Kinderbetreuungsgeld bis zu einem pauschalen Freibetrag von 16.200 Euro im Jahr gestattet.¹⁹⁹ Das entspricht einem monatlichen Brutto Betrag von gerundet 1.157 Euro²⁰⁰ (netto 982 Euro²⁰¹). Es ist nunmehr auch möglich, seine Zuverdienstgrenze individuell festzusetzen. „Der individuelle Grenzbetrag beträgt 60% des Gesamtbetrages der maßgeblichen Einkünfte“.²⁰² 1.500 Euro Netto im Monat entsprechen einem Bruttolohn von gerundet 2.173 Euro. 60 % davon sind gerundet 1.303 Euro Brutto. Das entspricht einer Nettozuverdienstgrenze von gerundet 1.055 Euro²⁰³ im Monat. Da das Einkommen der beiden Elternteile gleich hoch ist, kann jeder von ihnen bis zu einem Betrag von 1.055 Euro Netto²⁰⁴ im Monat dazu verdienen.

Obwohl die Voraussetzungen der Zuverdienstgrenze für beide Elternteile gleich sind, ergeben sich durch die geschlechterdifferenzierten Rechtsanschauungen unterschiedliche Konsequenzen, die die finanzielle Situation der Familie drastisch beeinflussen.

- **Mutter arbeitet Teilzeit und Vater Vollzeit:**

Wie bereits im Kapitel „Betreuung durch die Mutter“ deutlich ausgeführt wurde, kommt es bei der Mutter zu keiner Anspannung. Der Unterhalt ihres Kindes bemisst sich daher nach dem, was der Mutter zur Verfügung steht. Das ist in diesem Fall das Kinderbetreuungsgeld,

¹⁹⁹ § 2 (1) Z. 3 KBGG.

²⁰⁰ 16200 dividiert durch 14 (14 Gehälter).

²⁰¹ <http://www.karriere.at/seite/karriere-center-gehalt>.

²⁰² §8b (1) KBGG.

²⁰³ <http://www.karriere.at/seite/karriere-center-gehalt>, 17.5.2011.

²⁰⁴ 14 mal (14 Gehälter).

das mit in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen ist²⁰⁵ und das Gehalt, das sie durch ihre Teilzeitbeschäftigung erzielt.²⁰⁶

Die unten angeführte Tabelle soll die finanzielle Situation der Familie bei dieser Konstellation veranschaulichen:

Abbildung: Finanzielle Situation, Vater voll berufstätig, Mutter teilweise berufstätig

Einkünfte/ Lasten	Euro pro Monat
Kinderbetreuungsgeld	436
Familienbeihilfe für Karin*	105,4
Kinderabsetzbetrag Karin**	58,4
Gehalt Mutter****	1230
Unterhaltsabsetzbetrag für das erste Kind der Mutter***	29,2
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind der Mutter***	43,8
Gehalt Vater****	1750
Unterhaltsabsetzbetrag für das erstes Kind des Vaters***	29,2
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind des Vaters***	43,8
Unterhalt Kind 1'''	-316
Unterhalt Kind 2'''	-316
Unterhalt Kind 3''	-332,5
Unterhalt Kind 4''	-332,5
zur Verfügung stehendes Geld für die ganze Familie	2428,8

"http://www.scheidungen.at/cgi-bin/rechner/rechner.cgi?ekeuro=1500&ekcent=&ek_art=unselb&ekpaeuro=&ekpacent=

'''Bemessungsgrundlage ist 436 (Kinderbetreuungsgeld) + 1230 (Gehalt Mutter) = 1666/ daher 316 Euro Unterhalt nach der

* www.arbeiterkammer.at/online/familienbeihilfe-2329.html; 14.3.2011

** www.bmf.gv.at/Steuern/TippsfrdieArbeitneh_7636/SteuertarifundSteuue_7922/Steuertarifund.htm; 14.3.20011

*** www.arbeiterkammer.com/online/absetzbetraege-7987.html; 14.3.2011

**** 13,14 Gehalt auf die Monate aufgeteilt

Bei dieser Konstellation sind alle unterhaltsberechtigten Kinder finanziell versorgt und auch die Familie kann durchaus die nächsten 3 Jahre mit diesem Einkommen auskommen. Die finanziellen Mittel sind nahezu dieselben, als wenn beide Eltern Vollzeit arbeiten,²⁰⁷ da die Differenz durch das Kinderbetreuungsgeld ausgeglichen wird. Der Vorteil zu diesem Modell besteht darin, dass in diesem Fall die Mutter nur 60% arbeitet und daher das Kleinkind nicht so lange in einer Betreuungseinrichtung untergebracht werden muss. Allerdings muss es auch

²⁰⁵ Siehe dazu Kapitel „Das Kinderbetreuungsgeld ist in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen?“.

²⁰⁶ Die Mutter kann aber nicht dazu verhalten werden eine solche aufzunehmen; siehe dazu genauer: Kapitel „Anspannung in der Mütterkarenz“.

²⁰⁷ Siehe dazu „Abbildung: Finanzielle Situation, beide Elternteile berufstätig“.

hier große Teile des Tages auswärts verbringen, was wiederum eine schädigende Entwicklung zur Folge haben kann. Dieser mögliche Umstand wird in einem späteren Kapitel behandelt.

Diese Vorteile beziehen sich darauf, wenn der Vater Teilzeit arbeitet und die Mutter Vollzeit erwerbstätig ist, da sich die finanziellen Mittel nur unwesentlich unterscheiden, aber dazu unten genauer.

- **Vater arbeitet Teilzeit und Mutter Vollzeit:**

Geht ein Vater in Karenz, so wird er auf das frühere Einkommen angespannt. Das Einkommen seiner Vollzeitbeschäftigung bildet die Bemessungsgrundlage für den Unterhalt.²⁰⁸ Bei ihm ist es daher unerheblich, wie viel ihm in dieser Situation finanziell zur Verfügung steht.

Die unten angeführte Tabelle zeigt die finanzielle Situation bei dieser Konstellation:

Abbildung: Finanzielle Situation, Mutter voll berufstätig, Vater teilweise berufstätig

Einkünfte/ Lasten	Euro pro Monat
Kinderbetreuungsgeld	436
Familienbeihilfe für Karin*	105,4
Kinderabsetzbetrag Karin**	58,4
Gehalt Mutter****	1750
Unterhaltsabsetzbetrag für das erste Kind der Mutter***	29,2
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind der Mutter***	43,8
Gehalt Vater****	1230
Unterhaltsabsetzbetrag für das erste Kind des Vaters***	29,2
Unterhaltsabsetzbetrag für das zweite Kind des Vaters***	43,8
Unterhalt Kind 1"	-332,5
Unterhalt Kind 2"	-332,5
Unterhalt Kind 3"	-332,5
Unterhalt Kind 4"	-332,5
zur Verfügung stehendes Geld für die ganze Familie	2395,8
"http://www.scheidungen.at/cgi-bin/rechner/rechner.cgi?ekeuro=1500&ekcent=&ek_art=unselb&ekpaeuro=&ekpacent=	
* www.arbeiterkammer.at/online/familienbeihilfe-2329.html; 14.3.2011	
** www.bmf.gv.at/Steuern/TippsfrdieArbeitneh_7636/SteuertarifundSteuere_7922/Steuertarifund.htm; 14.3.20011	
*** www.arbeiterkammer.com/online/absetzbetraege-7987.html; 14.3.2011	

²⁰⁸ Siehe dazu Kapitel „Betreuung durch den Vater“.

Die finanziellen Mittel, die der Familie zur Verfügung stehen, sind bei diesem Zuverdienst durch eine Teilzeitbeschäftigung nur unwesentlich geringer als wenn die Mutter anstatt des Vaters teilzeitbeschäftigt ist. Das ist lediglich durch den hohen beiderseitigen Zuverdienst zu begründen. Je geringer der Zuverdienst ausfällt, desto deutlicher würde sich eine Kluft in den finanziellen Mitteln zeigen, die auf der unterschiedlichen Vorgehensweise der Gerichte bei den Geschlechtern beruht.

7.1.5 Widerspruch dem Gesetz/ der Rechtsmaterie nach bei der unterschiedlichen Anwendung des Anspannungsgrundsatzes

Aus dem bisher dargelegten kann meines Erachtens eindeutig abgeleitet werden, dass die Gerichte, vor allem die der Zweiten Instanz, die Mutter für die Kindererziehung als so wesentlich erachten, dass sie eine unterschiedliche Anwendung der Anspannungstheorie aufgrund derselben Rechtsprinzipen als gerechtfertigt sehen.²⁰⁹ Das steht im Widerspruch dazu, dass den Vätern überhaupt die Möglichkeit gegeben wurde, sich Anstelle der Mutter um ein Kind zu kümmern. Der Gesetzgeber sieht es anscheinend sehr wohl so, dass auch der Vater sich um das Kind kümmern kann und nicht, dass dadurch die Entwicklung des Kindes gefährdet wird. Daher ist es nicht nachvollziehbar, warum die Mutter so wichtig ist, wenn nach der Meinung des Gesetzgeber auch der Vater die Kindererziehung übernehmen kann. Die Möglichkeit, dass sowohl Väter als auch Mütter sich dem Gesetz nach um das Kleinkind kümmern können, zeigt doch eindeutig auf, dass der Gesetzgeber die Elternteile als gleichwertig ansieht. Daher ist aus diesem Grund eine anderweitige Handhabe bei der Unterhaltsermittlung/ Anspannung nicht geboten. Es müsste entweder bei Müttern und Vätern zur Anspannung kommen oder nicht. Aber auf jeden Fall müssten die Gerichte unabhängig vom Geschlecht des/ der Kinderbetreuenden zu demselben Ergebnis kommen und nicht so wie derzeit zu einer völlig unterschiedlichen Rechtsauffassung.

²⁰⁹ Gleichbehandlung der Kinder untereinander.

7.2 Entwicklungspsychologische Aspekte die Anspannung betreffend/ Bindung

Die Psychologie hat sich damit beschäftigt, wie wichtig die Eltern, die Mutter, der Vater für die Entwicklung und Nahebeziehung des Kindes ist. Frühe Beobachtungen bei Waisenkindern und in weiterer Folge dann Studien mit Affen haben gezeigt, dass obwohl sie körperlich mit allem versorgt worden sind, Nahrung, Kleidung, haben sie sich äußerst schlecht entwickelt. Es sind Verhaltensstörungen aufgetreten.²¹⁰ Daher wurden Untersuchungen und Forschungen dahingehend unternommen. Diese intensive, überdauernde, sozial-emotionale Beziehung zwischen Kind, Mutter und seinem Vater wird als Bindung bezeichnet.²¹¹ Das Kleinkind beginnt gleich nach der Geburt eine Bindung zu seinen Bezugspersonen aufzubauen, die meist die Eltern sind, wobei in der Vielzahl der Fälle die Mutter die primäre Bezugsperson sein wird, da es in unserer Gesellschaft nachwievor üblich ist, dass sie die Kindererziehung übernimmt.

Mary Ainsworth hat nun den Fremde-Situation-Test entwickelt, der es ermöglicht, die Bindung der Kleinkinder zu ihrer primären Bezugsperson zu messen und die Beziehung in eine der von ihr kreierten Kategorien einzuordnen.²¹² Das ist dahingehend wichtig, da durch diese Einordnung bereits in diesem frühen Stadium prognostiziert werden kann wie sich das Kind später entwickeln wird.²¹³ Die Kinder können dem Test nach unter eine der drei folgenden Kategorien fallen:

- Sicher gebundene Kinder
- Unsicher gebundene-vermeidende Kinder
- Unsicher gebundene-ambivalente Kinder²¹⁴

Sicher gebundene Kinder weisen viel bessere Entwicklungen, die durch Langzeitstudien bestätigt werden, auf als unsicher gebundene Kinder. So hat z.B. eine dieser Studien belegt, dass jene Kinder, die mit 15 Monaten im Fremd-Situation-Test sicheres Verhalten gezeigt

²¹⁰ Rossmann, Einführung in die Entwicklungspsychologie des Kindes- und Jugendalters¹, 85.

²¹¹ Gerring/Zimbardo, Psychologie¹⁸, 391.

²¹² Gerring/Zimbardo, Psychologie¹⁸, 392.

²¹³ Gerring/Zimbardo, Psychologie¹⁸, 392.

²¹⁴ Gerring/Zimbardo, Psychologie¹⁸, 392.

hatten, im Alter von acht oder neun Jahren beliebter waren, sozial weniger ängstlich als Gleichaltrige, die eine unsichere Bindung zeigten.²¹⁵

Durch diese Forschungen, kann nun gesagt werden, dass das Ziel der Eltern sein sollte, eine sichere Bindung zu ihrem Kind herzustellen, damit es sich gut entwickeln kann. Die gesamte Bindungsforschung besagt lediglich, dass der Bindung eine äußerst wichtige Rolle zukommt, allerdings finden sich keine Anzeichen, dass nur Mütter eine sichere Bindung erzeugen könnten. Wichtig ist/sind demnach die Bezugsperson/ die Bezugspersonen.²¹⁶ Die Untersuchungen haben gezeigt, dass allein der Umstand, dass die Mutter das Kind zu Hause betreut, nicht dazu führen muss, dass es zu einer sicheren Bindung kommt. Es hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab.²¹⁷ Daher kann im umgekehrten Sinn auch nicht darauf geschlossen werden, dass wenn beide Elternteile arbeiten und das Kind in einer Betreuungseinrichtung untergebracht wird, es unsicher gebunden sein wird und sich in weiterer Folge schlecht entwickelt.²¹⁸ Auf die Auswirkungen einer Kinderbetreuungseinrichtung auf die Bindung und die Entwicklung eines Kindes wird in einem späteren Kapitel eingegangen.

Unterschiede der Elternteile bei deren kindlichen Interaktionen

Es stellt sich dabei die Frage, wie/ ob sich das elterliche Verhalten bei Müttern und Vätern unterscheidet. Dazu haben Entwicklungsforscher die kindlichen Interaktionen mit Müttern und Vätern untersucht.²¹⁹

Im Säuglingsalter und in der Kindheit verbringen Väter mehr Zeit als die Mütter damit, mit ihren Kindern zu spielen. Auch in der Art der Spiele unterscheiden sie sich. Nach einer australischen Studie beteiligten sich Väter häufiger an körperbetonten Spielen, wie raufen und herumtollen oder bei Spielen im Freien, wie z.B. Ballspiele als die Mütter. Die Mütter neigten

²¹⁵ Gerring/Zimbardo, Psychologie¹⁸, 392; Unterschiede nach der Region siehe dazu: Rossmann, Einführung in die Entwicklungspsychologie des Kindes- und Jugendalters¹ (1996), 86.

²¹⁶ Gerring/Zimbardo, Psychologie¹⁸, 391ff; Rossmann, Einführung in die Entwicklungspsychologie des Kindes- und Jugendalters¹, 84ff.

²¹⁷ Siehe dazu: Gerring/Zimbardo, Psychologie¹⁸, 393ff.

²¹⁸ Gerring/Zimbardo, Psychologie¹⁸, 395.

²¹⁹ Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 664.

mehr zu zurückhaltenden Spielen wie Guck-Guck, spielten mehr mit Spielsachen im Haus oder lasen ihnen vor.²²⁰

Dieser unterschiedliche Umgang der Elternteile mit ihrem Kind sagt aber keinesfalls etwas darüber aus, wie sicher oder unsicher es gebunden ist.

7.3 Erste Erkenntnisse unter Einbeziehung der Bindungswissenschaft

Es konnte auch entwicklungspsychologisch nicht dargelegt werden, dass Mütter für die Kleinkindererziehung wichtiger sind als die Väter. Die Gerichte schreiben den Müttern demnach besondere entwicklungspezifische Eigenschaften/ Relevanzen zu, die sie nach Meinung vieler Forschungsergebnisse in diesem Bereich, nicht haben. **Demnach liegt eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung dem Geschlecht nach durch die unterschiedliche Anwendung des Anspannungsgrundsatzes durch die Gerichte vor!**

Mütter und Väter sind demnach anspannungsrechtlich gleich zu behandeln. Es gibt nun zwei Möglichkeiten wie vorgegangen werden könnte.

1. Die Mütter werden genauso angespannt wie die Väter, bzw. würden angespannt werden, wenn sie nicht erwerbstätig wären oder
2. Solange das Kind das dritte Lebensjahr nicht vollendet hat, ist eine Anspannung nicht geboten und dieser „Grundsatz“ wird auch auf die Männer umgelegt

Folgt man nun der Variante 1, so kann es in einer Vielzahl der Fälle dazu führen, dass es nicht anders möglich ist, als dass beide Elternteile voll erwerbstätig „sein müssen“, damit die Unterhaltsleistungen bezahlbar und ein Leben möglich ist. Bei dieser Variante wären die geldunterhaltsberechtigten Kinder versorgt und die Familie könnte durchaus leben.²²¹ Allerdings müsste das Kleinkind bereits nach dem Mutterschutz in eine

²²⁰ Sieglar/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 665.

²²¹ siehe hierzu *Abbildung: Finanzielle Situation, beide Elternteile berufstätig.*

Betreuungseinrichtung gegeben werden, wobei das vielleicht entwicklungsschädigende Auswirkungen haben könnte.²²²

Folgt man nun der Variante 2, so würde stets die geldunterhaltspflichtige Person Karenz in Anspruch nehmen, und da diese Person dann kein Geld erwirtschaftet, wird in der Regel kein bzw. kaum ein Unterhalt bezahlt werden. Das führt dazu, dass die geldunterhaltsberechtigten Kinder womöglich notleiden, aber auf jeden Fall äußerst starke finanzielle Einbußen in Kauf nehmen müssten.

Es kommt zu einer Gegenüberstellung der Bedürfnisse und Interessen des Kleinkindes mit dessen Versorgung und Entwicklung auf der einen Seite und den geldunterhaltsberechtigten Kindern, die zu ihrer Entwicklung ebenfalls auf das Geld angewiesen sind auf der anderen Seite.

Um hier eine Lösung zu finden, soll das nächste Kapitel helfen.

7.4 Auswirkungen von Kinderbetreuungseinrichtungen auf die Entwicklung des Kleinkindes

Die größte Sorge bezüglich einer Kinderbetreuung bestand darin, dass eine anderweitige Betreuung des Kindes als durch die Mutter die Mutter-Kind-Beziehung gefährden könnte und dass so Kleinkinder gefahrlaufen, eine unsichere Bindung zu ihren Müttern zu entwickeln. Siehe dazu Bindungstheorie.²²³

In den USA wird die Großzahl der Säuglinge und Kleinkinder regelmäßig von anderen Personen als den Eltern betreut, daher hat sich dieses Land mit den Auswirkungen von externen Betreuungen bereits umfassend beschäftigt und es werden die Erkenntnisse der USA aufgezeigt.²²⁴ Ob nun die Bindung der Kinder an ihre primäre Bezugsperson durch eine andere Betreuung beeinträchtigt wird, wurde daher in etlichen Studien untersucht.²²⁵ Trotz

²²² Siehe dazu *Auswirkungen von Kinderbetreuungseinrichtungen auf die Entwicklung des Kleinkindes*.

²²³ Sieglar/ DeLoache/ Eisenberg, *Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter*², 689; siehe dazu Kapitel Bindung.

²²⁴ Sieglar/ DeLoache/ Eisenberg, *Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter*², 688.

²²⁵ Sieglar/ DeLoache/ Eisenberg, *Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter*², 689.

vielzähliger Untersuchungen (auch mit Säuglingen) ergaben sich keine durchgängigen Belege, dass die Kinder, die in Tagesbetreuungseinrichtungen versorgt werden, weniger sicher gebunden wären als Kinder, die zu Hause betreut werden oder, dass diese Kinder bei den Interaktionen mit ihrer Bezugsperson weniger positive Verhaltensweisen zeigten.²²⁶

Forschungsergebnisse belegen, dass bei einer Minderzahl der Fälle es jedoch vorkommen kann, dass bei umfassender Fremdversorgung es zu negativen Konsequenzen für die Bindung kommt. Die Ursachen dafür sind, dass andere Risikofaktoren mit hineinspielten, wie beispielsweise ein häufiger Wechsel der Fremdbetreuungsperson und eine schlechtere häusliche Fürsorge.²²⁷

In einer Studie im Auftrag des National Institute of Child Health and Development (NICHD) wurde nachgewiesen, dass es viel mehr von den Eigenschaften der Familie abhängt, ob sich die extern betreuten Kinder gut entwickeln als von der Kinderbetreuung selbst. Solche Faktoren/ Eigenschaften sind etwa die Höhe des Einkommens, die Ausbildung der Mutter, ihr Einfühlungsvermögen und Ähnliches.²²⁸

„Außerdem scheinen jegliche Wirkungen der Kinderbetreuung auf die Entwicklung, gleich ob positiver oder negativer Art, bestenfalls sehr geringe Ausmaße zu haben.“²²⁹

Bei Kindern bis zu einem Alter von 15 Monaten konnten unsichere Bindungen nur dann vorhergesagt werden, wenn eine der Bedingungen unter 1 und zudem Bedingung 2 vorlagen:

1. Wenn das Kind qualitativ schlecht fremdbetreut wurde oder die Fremdbetreuung mehr als 10 Stunden pro Woche betrug, oder mehrfach Fremdbetreut wurde
und
2. Wenn die Mütter sich nicht verständnisvoll oder einfühlsam im Umgang mit ihren Kindern zeigten

Bei Vorliegen nur einer Bedingung konnte selbst die Qualität noch die Menge der Fremdbetreuung, das Alter des Kindes bei Beginn der externen Betreuung, die Person

²²⁶ Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 690.

²²⁷ Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 690.

²²⁸ Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 690.

²²⁹ Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 690.

(Verwandte, etc.), oder bei mehrfachem Wechsel von Betreuungspersonen, die Bindungssicherheit vorhergesagt werden.

Als die Kinder 24 und 36 Monate alt waren konnte man abhängig von den Stunden, die das Kind fremdbetreut wurde, die Qualität der Mutter-Kind-Interaktion vorhersagen. Mütter, deren Kinder mehrere Stunden fremdbetreut wurden, waren tendenziell weniger einfühlend ihren Kindern gegenüber und die Kinder reagierten weniger positiv bei ihren Interaktionen mit ihrer Mutter, als bei Müttern, die ihre Kinder nur kurz Zeit betreuen ließen oder sich ausschließlich selbst um ihre Kinder kümmerten.²³⁰

Im zunehmenden Alterungsprozess haben sich einige markante Verhaltensmuster bei einigen Kindern, die fremdbetreut wurden, gezeigt. So haben 17% der viereinhalb- bis sechsjährigen Kinder, die mehr als 30 Stunden pro Woche in einer Kindertagesstätte untergebracht waren, ein aggressives Verhalten gezeigt. Bei Kindern, die weniger als 10 Stunden pro Woche dort waren, hingegen nur 6%. Es zeigte sich dem zeitlichen Ausmaß der Fremdbetreuung entsprechend, auch nach innen gerichtete Probleme, wie Ängstlichkeit und sozialer Rückzug. Die Kinder entwickeln zwar keine bedeutsamen Verhaltensprobleme, dennoch steigt das Risiko für den Ausdruck von Problemverhalten, je länger sie in einer Tageseinrichtung betreut werden. Man darf allerdings nicht außer Acht lassen, dass sich die familiären Umstände von Kindern, die große Teile des Tages in einer Tagesstätte untergebracht sind, von denen, die nur verhältnismäßig kurz dort sind, deutlich unterscheiden. Wie beispielsweise das Einkommen der Familie, die Bildung der Eltern und deren Persönlichkeit.²³¹ Daher kann man **keine Ursache-Wirkungs-Beziehung** annehmen. Einerseits können Kinder in Betreuungseinrichtungen negative Verhaltensweisen lernen, andererseits erwerben sie aber oft positive soziale Fähigkeiten, vor allem wenn das Betreuungspersonal einfühlend agiert.²³²

²³⁰ Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 690.

²³¹ Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 691.

²³² Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 692.

„Kinder und Mütter ernten einige Vorteile von der Berufstätigkeit der Mütter, welche nur wenige negative Auswirkungen auf die Kinder hat, wenn sich diese in einer qualitativ akzeptablen Kinderbetreuung befinden und von ihren Eltern angeleitet und überwacht werden.“²³³

Die Forschungen, die Tagesbetreuungseinrichtungen betreffend, zeigen, dass sich die Erfahrungen, die sie dort machen, auf keinen Aspekt der Kindesentwicklung schädigend auswirken muss, wenngleich sie unter bestimmten Umständen negative Auswirkungen haben kann. Wie sich nun die Betreuungseinrichtung auf die Persönlichkeit des Kindes auswirkt, hängt vermutlich von den Eigenschaften des Kindes, von seiner Beziehung zur Mutter/ Betreuungsperson und von der Betreuungseinrichtung selbst ab.²³⁴

²³³ *Siegler/ DeLoache/ Eisenberg*, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 698; wann eine Kinderbetreuung qualitativ hochwertig ist siehe dazu: *Siegler/ DeLoache/ Eisenberg*, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 692 oder *Gerring/Zimbardo*, Psychologie¹⁸, 395.

²³⁴ *Siegler/ DeLoache/ Eisenberg*, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 695.

8 Lösungsvorschlag für die Anspannung in der Mütter- und Väterkarenz unter Einbezug psychologischer Forschungsergebnisse und der Berücksichtigung der Gleichbehandlungspflicht

Hier soll nun eine Lösung, unter Einbezug all jenem, das bisher ausgeführt wurde gefunden werden:

1. Anspannung bei Müttern und Vätern einheitlich regeln, damit keine Ungleichbehandlung durch die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes durch die Gerichte stattfindet.
2. Das Kleinkind als auch die nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder sollen ausreichend versorgt werden und auch die Familie, die die Unterhaltsleistungen zu erbringen hat, muss dadurch nicht notleiden.

Aufgrund der Vielzahl an Entscheidungen über die unterschiedliche Betrachtungsweise durch die Gerichte bei der Mütter- und Väterkarenz und den verschiedenen Modellen, die es beim Kinderbetreuungsgeld gibt, habe ich einen Lösungsvorschlag ausgearbeitet, der meiner Ansicht nach sowohl beiden Elternteilen mit zusätzlichen Unterhaltspflichten die Möglichkeit eröffnet, zu Hause zu bleiben und sich um das Kleinkind zu kümmern, als auch die geldunterhaltsberechtigten Kindern eine ausreichende finanzielle Zuwendung ermöglicht. Hierbei handelt es sich im Konkreten um eine Mischform aus der Vorgehensweise der Gerichte bei der Väter- und Mütterkarenz. Es müssen sowohl Einschränkungen des Kleinkindes, bzw. dessen Eltern, als auch bei den übrigen Unterhaltsberechtigten in Kauf genommen werden. Im ersten Schritt wird der Vorschlag lediglich präsentiert und in weiterer Folge wird dann auf einzelne Teile Bezug genommen und die Vorgehensweise begründet.

Der Vorschlag sieht wie folgt aus:

Der Elternteil/ die Elternteile, der/ die sich um das Kind kümmert/ kümmern, „muss“ jenes Kinderbetreuungsgeldmodell wählen, das bei der kürzesten Bezugsdauer den größten

finanziellen Vorteil bringt. Es handelt sich demnach entweder um das Modell des pauschalierten Kinderbetreuungsgeldes mit täglich 33 Euro²³⁵, das monatlich in etwa 1.000 Euro beträgt, mit bis zu 14 Monaten Bezug, oder das neue Modell des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes mit bis zu 66 Euro täglich bei ebenfalls bis zu 14 Monaten Bezug.²³⁶ Als Unterhaltsbemessungsgrundlage dient für diese Zeit das Kinderbetreuungsgeld und ein allfälliger, aber nicht verpflichtender Nebenerwerb. Es kommt zu keiner Anspannung auf das frühere Einkommen oder auf eine zusätzliche Erwerbstätigkeit.

Nach Ablauf des Bezuges von Kinderbetreuungsgeld wird vom jeweiligen Elternteil verlangt, erwerbstätig zu werden, bzw. seine frühere Beschäftigung wieder aufzunehmen. Wird dem nicht entsprochen, so wird nach den allgemeinen Anspannungskriterien vorgegangen wie subjektive Fähigkeiten des Unterhaltsschuldners und konkrete Arbeitsmarktlage. Der bisherige Anspannung ausschließende Grund bei Müttern, „dass das Kleinkind das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hat“, verhindert die Anspannung nicht mehr. Es wird von den Eltern, bzw. der Mutter verlangt, ihr Kind in eine dementsprechende Betreuungseinrichtung zu geben, damit ein angemessener Unterhalt für die nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder geschaffen werden kann.

Zu der Wahl des Kinderbetreuungsgeldmodells:

Da man die Kindergeldbezieher natürlich nicht dazu verpflichten kann, eines der oben angeführten Modelle zu wählen, greift man hier auf das Modell des „pflichtbewussten Elternteiles“ zurück. Der pflichtbewusste Familienvater oder auch Ehegatte ist bereits in der Rechtsprechung stark vertreten und bildet das Maß, um festzustellen, ob ein Unterhaltsschuldner sich „falsch“ und damit schuldhaft verhalten hat und so die Anspannung ausgelöst wird. Das wird nun umgelegt auf die Wahl des Kinderbetreuungsgeldmodells und auch auf Frauen, wobei es hierbei noch keine konkrete Rechtsprechung gibt. Wählt der/ die KinderbetreuungsgeldbezieherIn ein anderes Modell, so wird er/ sie auf jenes „Einkommen“ angespannt, das er/ sie erzielen würde, wenn er/ sie jenes Modell mit dem höchsten Ertrag gewählt hätte. Denn ein pflichtbewusster Unterhaltsschuldner hätte in dieser Situation jenes Modell gewählt, bei dem er, sein Kleinkind, und auch seine auf den Unterhalt angewiesenen

²³⁵ § 5c (1) u. (3) KBGG/ geschaffen durch BGBl. I Nr. 116/2009.

²³⁶ § 24a KBGG, § 24b KBGG.

anderen Kinder versorgt sind. Bei zumindest 1.000 Euro im Monat, wäre eine bescheidene Grundversorgung gegeben. Daher bildet immer das Modell mit dem höchsten Ertrag die Bemessungsgrundlage für die Unterhaltsberechtigten, entweder, weil dieses Modell gewählt wurde oder, weil auf dieses Modell angespannt wird.

Zur Anspannung nach dem 12. bzw. 14. Monat:

Nach Ablauf der 12 bzw. 14 Monate, wird wie im Vorschlag beschrieben, vom jeweiligem Elternteil verlangt, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen zu gehen und das Kleinkind gegebenenfalls in einer Kindertagesstätte unter zu bringen. Hierbei werden nun die Rechtsgrundsätze, die die Rechtsprechung bei der Väterkarenz entwickelt haben, angewendet. Wiederum auf beide Geschlechter gleichermaßen, da die psychologischen Studien aufzeigen, dass entwicklungsmäßig kein Unterschied nachzuweisen ist, ob der Vater oder die Mutter sich um das Kleinkind kümmert. Daher gibt es keinen Grund, warum die Mütter gesondert behandelt werden sollten.

Einer dieser Rechtsgrundsätze besagt, dass je umfangreicher die Sorgepflichten/ Unterhaltspflichten eines Unterhaltsschuldners sind, desto mehr kann und muss von diesem verlangt werden.²³⁷ Aus diesem Grund und in der Kombination mit den Erkenntnissen aus den Studien die Kinderbetreuungseinrichtungen betreffend ist es den Müttern sowie den Vätern zuzumuten, ein auch noch nicht drei Jahre altes Kind in einer solchen Betreuungseinrichtung unter zu bringen.

Denn es würde der Gleichbehandlungspflicht der Kinder untereinander zuwider laufen, wenn der Unterhaltsschuldner nur einem Teil seiner Kinder die volle Unterhaltsleistung, nämlich in Form der häuslichen Betreuung zuteil werden lässt, während er seinen anderen Kindern für die er geldunterhaltspflichtig ist, den Unterhalt unter Berufung auf seine Einkommenslosigkeit verwehren würde.²³⁸ Da eine allgemein entwicklungs-schädigende Auswirkung von Kinderbetreuungseinrichtungen nicht nachgewiesen werden konnte, sondern Studien zeigen, dass diese Einrichtungen sogar Vorteile für die Entwicklung im sozialen

²³⁷ OGH 7 Ob 615/91; OGH 7 Ob 210/05s; OGH 6 Ob 64/07s; OGH 1 Ob 81/10h.

²³⁸ OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 112/08f; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 1 Ob 595/91.

Bereich bringen kann,²³⁹ hätte ein pflichtbewusster Elternteil, der sich seiner Verpflichtung auch gegenüber seinen nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Kindern bewusst ist, jedenfalls sein Kind in eine solche Einrichtung gegeben. Daher ist der Unterhaltsschuldner, wenn er keiner Beschäftigung nachgeht, bzw. seine bisherige Beschäftigung nicht wieder aufnimmt, jedenfalls anzuspinnen.

Zur Kinderbetreuungsplatzproblematik:

Die Kinderbetreuungsplätze für Kinder in so jungen Jahren sind in Österreich zwar sehr begrenzt, dennoch kann und darf das nicht dazu führen, dass die Anspannung ausgehebelt wird und so unterhaltsberechtigte Kinder einen Nachteil daraus ziehen, weil der jeweilige Elternteil sich in Karenz befindet. Wie bereits ausgeführt ist ein strengerer Maßstab an Elternteile mit umfangreichen Sorgepflichten anzulegen. Daher müssen sich solche Eltern schon frühzeitig um eine geeignete Betreuungseinrichtung kümmern. Tun sie dies nicht, so haben sie sich wiederum nicht wie ein pflichtbewusster Unterhaltsschuldner verhalten, der die Anspannung auslösen muss. Bemühen sich die Eltern frühzeitig und in ausreichendem Maße, kann in der Regel gesagt werden, dass sie auch einen geeigneten Platz finden werden. Haben sie keinen, so liegt der Schluss nahe, dass sie sich nicht im erforderlichen Maße eingesetzt haben, wobei der Gegenbeweis durchaus zulässig sein sollte. Wird trotz intensiver Suche, auch schon während der Schwangerschaft, kein Platz gefunden so sollte das zumindest vorübergehend die Anspannung ausschließen.

Begründung des Vorschlages:

Der von mir vorgebrachte Vorschlag beseitigt die Ungleichbehandlung dem Geschlecht nach bei der Anwendung der Anspannung durch die Gerichte während der Betreuung in den ersten drei Jahren des Kleinkindes. Dabei nimmt er Bezug auf die durch das Gericht entwickelten Rechtsüberzeugungen, bzw. Rechtsgrundsätze und berücksichtigt Forschungen die Kindesentwicklung betreffend.

²³⁹ Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter², 698.

Meiner Meinung nach kann der Vorschlag auch von den Gerichten rechtlich, durch die oben angeführten und von den Gerichten geschaffenen Grundsätze erwirkt werden. Ein generelles Abgehen von der Anspannung, solange das Kleinkind das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, würde zu einer erheblichen Ungleichbehandlung der Kinder untereinander führen. Wobei die Kinder, die auf die finanziellen Mittel angewiesen sind, unter Umständen notleiden müssten. Daher auch das von mir gewählte System von Nichtanspannung während des Kinderbetreuungsgeldbezuges und Anspannung gleich nach Ablauf von diesem.

Während der bis zu 14 Monaten, müssen die nicht im gemeinsamen Haushalt betreuten Kinder zugunsten des Kleinkindes Einbußen bei deren Alimentierung hinnehmen, wobei aber durch die Wahl eines der beiden Kinderbetreuungsmodelle sie zumindest einen Teil erhalten und daher „nicht notleiden werden“. Danach wird im Sinne der Gleichbehandlungspflicht der Kinder untereinander vorgegangen, wobei die geldunterhaltsberechtigten Kinder durch die Karenzierung nicht benachteiligt werden dürfen. In weiterer Folge müssen das Kleinkind, bzw. dessen Eltern Einbußen zugunsten der geldunterhaltsberechtigten Kinder hinnehmen und zwar dadurch, dass das Kind fremdversorgt werden „muss“. Daher kommt es zur Pflicht, seine frühere Erwerbstätigkeit wieder aufzunehmen, andernfalls käme es zur Anspannung. Die Pflicht des Unterhaltsschuldners auf nur eine Teilzeit oder geringfügige Erwerbstätigkeit einzuschränken wurde durch die Gerichte betreffend die Väterkarenz abgelehnt, daher beinhaltet mein Vorschlag auch keine dieser Möglichkeiten, bzw. Lösungsvorschläge die Zuverdienstgrenzen bei den verschiedenen Kinderbetreuungsgeldmodellen betreffend, wobei hier durchaus einige denkbar wären.

9 Schlussbemerkung

Das Ziel meiner Diplomarbeit ist es die rechtlichen Gegebenheiten der Anspannung in der Karenz darzulegen, die Unterschiede dem Geschlecht nach auf zu zeigen, die dadurch entstehenden finanziellen Auswirkungen für die Familie deutlich zu machen. Und das alles unter Berücksichtigung von psychologischen Erkenntnissen und Studien, **um so ein Umdenken der Gerichte zu bewirken.**

10 Bibliographie

10.1 Lehrbücher

Gerring/Zimbardo, Psychologie¹⁸ (2008)

Rossmann, Einführung in die Entwicklungspsychologie des Kindes- und Jugendalters¹ (1996)

Siegler/ DeLoache/ Eisenberg, Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter² (2008)

10.2 Monographien

Gitschthaler, Unterhaltsrecht² (2008)

Schwimm/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁴ (2009)

Schwimm/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁵ (2010)

10.3 Kommentare

Schwimm/Verschraegen (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005)

10.4 Aufsätze

Gitschthaler, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht - 20 Jahre später, ÖJZ 1996, 553

Schwimm, Leistung von Kindesunterhalt aus eigenen Unterhaltseinnahmen der Eltern?, NZ 1998, 289

10.5 Gesetzesmaterialien

StF: BGBl. Nr. 651/1989; BGBl. I Nr. 58/2010

StF: JGS Nr. 946/1811; BGBl. I Nr. 58/2010

StF: BGBl. Nr. 221/1979; BGBl. I Nr. 58/2010

StF: BGBl. I Nr. 103/2001; BGBl. I Nr. 116/2009

StF: BGBl. Nr. 395/1974; BGBl. I Nr. 34/2004

10.6 Internetquellen

<http://www.rechtsfreund.at/berechnungen/brutto-netto-rechner.htm>, 9.3.2011

<http://www.scheidungen.at/rechner.html>, 9.3.2011

<http://www.scheidungen.at/cgi->

[bin/rechner/rechner.cgi?ekeuro=1500&ekcent=&ek_art=unselb&ekpaeuro=&ekpacent=&ekp_art=unselb&pa_anspruch=1&kg=2&km=0&kk=0&kb=1&expa=0&berechnen=Unterhalt+berechnen](http://www.scheidungen.at/cgi-bin/rechner/rechner.cgi?ekeuro=1500&ekcent=&ek_art=unselb&ekpaeuro=&ekpacent=&ekp_art=unselb&pa_anspruch=1&kg=2&km=0&kk=0&kb=1&expa=0&berechnen=Unterhalt+berechnen)

www.arbeiterkammer.at/online/familienbeihilfe-2329.html; 14.3.2011

www.bmf.gv.at/Steuern/TippsfrdieArbeitneh_7636/SteuertarifundSteu_e_7922/Steuertarifund.htm; 14.3.20011
www.arbeiterkammer.com/online/absetzbetraege-7987.html; 14.3.2011
<http://www.karriere.at/seite/karriere-center-gehalt>, 17.5.2011

10.7 Entscheidungen

OGH 7 Ob 97/08b; OGH 7 Ob 197/07g; OGH 1 Ob 119/07t; OGH 6 Ob 116/00b
OGH 7 Ob 121/07f; OGH 7 Ob 210/05s; OGH 2 Ob 79/05i; OGH 1 Ob 502/94
OGH 2 Ob 79/05i; OGH 8 Ob 44/03h; OGH 3 Ob 569/94; OGH 6 Ob 573/91
OGH 3 Ob 569/94
OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 112/08f; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 1 Ob 595/91
OGH 7 Ob 615/91
OGH 6 Ob 258/02p
OGH 7 Ob 251/98g; OGH 1 Ob 502/94; OGH 7 Ob 615/91
OGH 7 Ob 251/98g; OGH 3 Ob 569/94; OGH 7 Ob 615/91
OGH 8 Ob 191/97i
OGH 4 Ob 91/10a; OGH 5 Ob 140/09p; OGH 10 Ob 2184/96s
OGH 10 Ob 2184/96s
OGH 8 Ob 44/03h
OGH 3 Ob 10/09f; OGH 7 Ob 121/07f; OGH 2 Ob 200/04g; OGH 6 Ob 1626/95
OGH 10 Ob 5/08w; OGH 6 Ob 258/02p; OGH 3 Ob 118/01a
OGH 8 Ob 44/03h; OGH 3 Ob 118/01a
RS0109322
OGH 3 Ob 118/01a
OGH 1 Ob 78/00b
OGH 1 Ob 21/98i
OGH 7 Ob 251/98g; OGH 3 Ob 12/00m
OGH 3 Ob 5/94
OGH 1 Ob 553/95
OGH 5 Ob 3/97w; OGH 1 Ob 288/04s; OGH 10 Ob 76/09p
OGH 5 Ob 3/97w; OGH 9 Ob 80/01g; OGH 1 Ob 288/04s
OGH 5 Ob 3/97w; OGH 9 Ob 373/97m; OGH 5 Ob 140/98v; OGH 1 Ob 288/04s
OGH 1 Ob 621/93
OGH 1 Ob 621/93; OGH 1 Ob 595/91
OGH 1 Ob 595/91
OGH 4 Ob 2233/96b
OGH 2 Ob 253/09h; OGH 1 Ob 22/09f; OGH 6 Ob 72/10x; OGH 7 Ob 166/10b
OGH 9 Ob 120/03t; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 7 Ob 223/08g
OGH 7 Ob 223/08g
GZ G 9/09, G 42/09; OGH 6 Ob 72/09w
OGH 10 Ob 112/08f

OGH 10 Ob 40/09v; OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 76/09p; OGH 7 Ob 227/09x

OGH 4 Ob 133/09a

RS0047454; RS0080395

OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 76/09p; OGH 1 Ob 22/09f; OGH 3 Ob 134/10t

OGH 4 Ob 133/09a; OGH 2 Ob 15/09h; OGH 10 Ob 76/09p; OGH 1 Ob 22/09f; OGH 8 Ob 75/10b

OGH 10 Ob 40/09v; OGH 1 Ob 7/04t

OGH 10 Ob 40/09v; OGH 10 Ob 112/08f; OGH 4 Ob 133/09a; OGH 7 Ob 223/08g

OGH 10 Ob 40/09v

OGH 1 Ob 7/04t

OGH 1 Ob 43/00f; OGH 6 Ob 208/97z; OGH 6 Ob 659/95

OGH 4 Ob 133/09a; OGH 10 Ob 112/08f; OGH 1 Ob 7/04t; OGH 1 Ob 595/91

OGH 7 Ob 615/91; OGH 7 Ob 210/05s; OGH 6 Ob 64/07s; OGH 1 Ob 81/10h