jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 2010/1/29 1Ob257/09i

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.01.2010

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter in der Pflegschaftssache der Minderjährigen 1. Sarah G*****, und 2. Hannah G*****, über den Revisionsrekurs des Vaters Dr. Christoph Michael G*****, vertreten durch Mag. Bernhard Kispert, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 12. Mai 2009, GZ 44 R 223/09h-U44, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Josefstadt vom 17. März 2009, GZ 27 P 12/05a-U38, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

**Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen, die im Übrigen als Teilbeschluss aufrecht bleiben, werden

1) hinsichtlich der Erhöhung der monatlichen Unterhaltsverpflichtung

a) für Sarah vom 9. 5. 2007 bis 31. 12. 2007 um 181 EUR auf 850 EUR und ab 1. 7. 2008 um 108 EUR auf insgesamt 777 EUR,

b) für Hannah vom 9. 5. 2007 bis 30. 6. 2007 um 90 EUR auf insgesamt 550 EUR, vom 1. 7. 2007 bis 31. 12. 2007 um 100 EUR auf insgesamt 560 EUR, sowie ab 1. 7. 2008 um 88 EUR auf insgesamt 548 EUR, und

2) hinsichtlich der Abweisung des Antrags des Vaters, seine monatliche Unterhaltsverpflichtung jeweils vom 9. 5. 2007 bis 31. 12. 2007 und ab 1. 7. 2008 auf insgesamt 380 EUR für Sarah und 300 EUR für Hannah herabzusetzen, aufgehoben.

In diesem Umfang wird dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung aufgetragen.

**Text**

Begründung:

Der Vater, der als Facharzt für Zahnheilkunde und Kieferchirurgie Einkünfte sowohl aus selbständiger als auch aus unselbständiger Tätigkeit erzielt, ist aufgrund eines Beschlusses vom 20. 3. 2007 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von 669 EUR für Sarah und 460 EUR für Hannah verpflichtet. Er beantragte die Herabsetzung dieser Unterhaltsverpflichtung ab 1. 7. 2005 auf 380 EUR für Sarah und 300 EUR für Hannah. Die Kinder ihrerseits beantragten die Erhöhung der Unterhaltsverpflichtung ab 1. 1. 2007 auf 850 EUR für Sarah und 600 EUR für Hannah.

Das Erstgericht verpflichtete den Vater zu folgenden monatlichen Unterhaltsbeträgen:

für Sarah:

9. 5. 2007 bis 31. 12. 2007 850 EUR

1. 1. 2008 bis 31. 3. 2008 474 EUR

1. 4. 2008 bis 30. 6. 2008 463 EUR

ab 1. 7. 2008 777 EUR;

für Hannah:

9. 5. 2007 bis 30. 6. 2007 550 EUR

1. 7. 2007 bis 31. 12. 2007 560 EUR

1. 1. 2008 bis 31. 3. 2008 342 EUR

1. 4. 2008 bis 30. 6. 2008 327 EUR

ab 1. 7. 2008 548 EUR.

Rechtskräftig zurückgewiesen bzw inhaltlich nicht bekämpft wurden der Erhöhungsantrag der Kinder für den Zeitraum vom 1. 1. bis 8. 5. 2007 und der Herabsetzungsantrag des Vaters für den Zeitraum vom 1. 7. 2005 bis 8. 5. 2007. Ebenfalls in Rechtskraft erwachsen ist die Abweisung des Erhöhungsmehrbegehrens der Kinder, die auch die für den Zeitraum vom 1. 1. bis 30. 6. 2008 ausgesprochene Herabsetzung der bisher bestandenen Unterhaltsverpflichtung nicht bekämpft haben. Gegenstand des Revisionsrekursverfahrens ist daher nur die vom Vater bekämpfte Unterhaltserhöhung seit 9. 5. 2007 und die Abweisung seines Mehrbegehrens auf Herabsetzung der Unterhaltsverpflichtung.

Als monatliche Unterhaltsbemessungsgrundlage zog das Erstgericht für 2007 Entnahmen in Höhe von 6.118 EUR heran, die das tatsächlich in diesem Zeitraum erzielte monatliche Einkommen überstiegen, für den Zeitraum vom 1. 1. bis 30. 6. 2008 hingegen das tatsächlich erzielte durchschnittliche Einkommen von 2.941 EUR. Ab 1. 7. 2008 bemaß es den Unterhalt nach dem Durchschnitt der Einnahmen aus den letzten dreieinhalb Wirtschaftsjahren in der Höhe von 4.568 EUR monatlich. Auf dieser Basis ermittelte es den Unterhaltsbetrag nach der Prozentkomponente, beschränkte aber die sich daraus ergebenden monatlichen Unterhaltsbeträge mit dem zweieinhalbfachen (für Sarah) und zweifachen (für Hannah) Durchschnittsbedarf („Unterhaltsstopp") sowie mit den für Sarah begehrten monatlichen 850 EUR (jeweils für 2007). Nur für den Zeitraum vom 1. 1. bis 30. 6. 2008 nahm es eine steuerliche Anrechnung der Familienbeihilfe vor und kürzte die monatlichen Unterhaltsbeträge, während es diese Anrechnung bei den Privatentnahmen als Unterhaltsbemessungsgrundlage ablehnte.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Vaters nicht Folge und ließ nachträglich über dessen Zulassungsvorstellung den ordentlichen Revisionsrekurs zu, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zu der Frage fehle, inwieweit bei Heranziehung von Privatentnahmen eine steuerliche Entlastung vorzunehmen sei. Es teilte die Auffassung des Erstgerichts, dass die das tatsächliche Einkommen übersteigenden (nicht steuerpflichtigen) Privatentnahmen Unterhaltsbemessungsgrundlage seien und in diesem Fall (mangels Steuerpflicht) keine steuerliche Entlastung durch Anrechnung der Familienbeihilfe zu erfolgen habe. Zur Bemessungsgrundlage führte es weiters aus, dass bei selbständig Erwerbstätigen das Durchschnittseinkommen der drei letzten abgeschlossenen Wirtschaftsjahre als Bemessungsgrundlage für die Zukunft maßgeblich sei, weshalb das Erstgericht zu Unrecht für den Zeitraum von Jänner bis Juni 2008 das vorläufige Teilergebnis des „Rumpfwirtschaftsjahres" anstelle des Durchschnittsergebnisses von 2005 bis 2007 herangezogen habe. Diese unrichtige Bemessungsgrundlage wirke sich aber ohnehin zum Vorteil des Unterhaltspflichtigen aus, weil sowohl das tatsächliche durchschnittliche Einkommen als auch die durchschnittlichen Privatentnahmen höher seien.

**Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs des Vaters, der die Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage auf Basis der Privatentnahmen und die teilweise Unterlassung der Anrechnung der Familienbeihilfe bekämpft, ist zulässig und mit seinem Aufhebungsantrag teilweise berechtigt.

Zur Unterhaltsbemessungsgrundlage:

Maßgeblich für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ist in erster Linie sein Gesamteinkommen, also die Summe der ihm tatsächlich zufließenden verfügbaren Mittel (RIS-Justiz RS0013386), wozu alle Einkünfte aus Erwerbstätigkeit und Erträgnisse aus Vermögen zählen (4 Ob 2025/96i). Privatentnahmen eines selbständig tätigen Unterhaltspflichtigen sind als Bemessungsgrundlage heranzuziehen, wenn sie entweder den Reingewinn aus dem Unternehmen übersteigen oder die Betriebsbilanz einen Verlust aufweist (7 Ob 52/98t; 6 Ob 119/98p uva). Als Privatentnahmen sind alle nicht betrieblichen Bar- und Naturalentnahmen zu werten. Für die Heranziehung derartiger Privatentnahmen als Unterhaltsbemessungsgrundlage macht es auch keinen Unterschied, ob der Unterhaltsschuldner diese Entnahmen aus Reserven oder Rückstellungen finanziert oder durch eine Erhöhung seiner Bankschulden (6 Ob 119/98p).

Klarzustellen ist zunächst, dass mit den von den Vorinstanzen als Bemessungsgrundlage herangezogenen „Privatentnahmen" die Summe der dem Unterhaltspflichtigen tatsächlich zur Verfügung stehenden Mittel gemeint ist, in der seine Nettolohneinkünfte, das Betriebsergebnis seines Unternehmens (Arztpraxis, Konsulententätigkeit) und die (zusätzlichen) Entnahmen aus dem Unternehmen enthalten sind. Dass diese, im Revisionsrekurs auch ausdrücklich als solche bezeichneten Privatentnahmen der selbständigen unternehmerischen Tätigkeit des Unterhaltspflichtigen zuzuordnen sind, aber zu privaten Zwecken (zur Finanzierung der Lebensführung) verwendet wurden, stellt der Vater selbst nicht in Abrede. Seiner Argumentation nach machen diese Privatentnahmen aber lediglich einen geringfügigen Teil des überwiegend aus unselbständiger Tätigkeit resultierenden Gesamteinkommens aus, weshalb das festgestellte Gesamtnettoeinkommen aus selbständiger und unselbständiger Tätigkeit heranzuziehen sei. Hat der Unterhaltspflichtige allerdings sein tatsächliches, aus unselbständiger Tätigkeit und aus dem Reingewinn seines Unternehmens resultierendes Einkommen durch Privatentnahmen erhöht, hat er dem Unternehmen Vermögen entzogen und den Stamm seines Vermögens angegriffen. An dieser Gestaltung der Lebensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen sind dann die angemessenen Bedürfnisse der Unterhaltsberechtigten zu messen (RIS-Justiz RS0047382). Damit sind die Privatentnahmen (als das tatsächlich verfügbare Einkommen erhöhender Faktor) bei der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage zu berücksichtigen. Für die Zukunft, also ab dem 1. 1. 2008, ist der Durchschnitt der für die vergangenen drei Jahre ermittelten Gesamteinkünfte (inklusive Privatentnahmen) maßgeblich (5 Ob 38/99w), zumal zum Zeitpunkt der Beschlussfassung in erster Instanz am 17. 3. 2009 der Jahresabschluss für 2008 noch nicht vorlag. Die vom Erstgericht für den Zeitraum vom 1. 1. bis 30. 6. 2008 und ab 1. 7. 2008 jeweils angenommene Unterhaltsbemessungsgrundlage liegt ohnehin darunter und wirkt sich daher zugunsten des Unterhaltspflichtigen aus. Die Behauptung des Vaters, die getätigten Privatentnahmen seien jetzt aufgrund laufender Pfändungen ausgeschlossen und daher kein Indikator für die zukünftigen Lebensverhältnisse, die er erstmals in seinem am 4. 11. 2008 beim Erstgericht eingelangten Schriftsatz aufstellte (ON 24) und in seinem Rekurs wiederholte (ON 39), blieb gänzlich unsubstantiiert. Schon das Rekursgericht hat in diesem Zusammenhang durchaus treffend darauf hingewiesen, dass die Unterhaltsbemessung aufgrund der notwendigen Ermittlung des wirtschaftlichen Erfolgs für die Vergangenheit „immer in einem gewissen zeitlichen Abstand hinterherhinke"; ein Argument, dem der Revisionsrekurswerber auch nichts Überzeugendes entgegenhält.

Zur Anrechnung der Familienbeihilfe:

Das von den Vorinstanzen erzielte Ergebnis, bei Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage anhand der getätigten Privatentnahmen komme mangels deren Steuerpflicht eine Anrechnung der Transferleistungen nicht in Betracht, ist dann gerechtfertigt, wenn der Unterhaltspflichtige aufgrund eines negativen oder geringfügig positiven und daher nicht steuerpflichtigen Betriebsergebnisses sein Einkommen gar nicht versteuern muss (vgl Gitschthaler, Familienbeihilfe, Kindesunterhalt und der Oberste Gerichtshof, Eine Analyse der Rechtsprechung des OGH zur Anrechnung von Transferleistungen auf den Kindesunterhalt nach der Teilaufhebung des § 12a FamLAG durch den VfGH, ÖJZ 2003/51, 831 f; vgl Schwimann/Kolmasch4, Unterhaltsrecht, 104). Trifft dies nicht zu, verliert das Argument zur fehlenden Steuerpflicht von Privatentnahmen seine Berechtigung. Besonders deutlich zeigt sich dies im vorliegenden Fall des Revisionsrekurswerbers: Seine Einnahmen als unselbständiger Arbeitnehmer unterliegen der Lohnsteuer, die vom Dienstgeber in Abzug gebracht wird. Seine gesamten steuerpflichtigen Einkünfte aus selbständiger und unselbständiger Tätigkeit sind Basis für die Festsetzung der Einkommensteuer, welche die bereits geleistete Lohnsteuer berücksichtigt. Nach dem eingeholten Sachverständigengutachten war der unterhaltspflichtige Vater von 2005 bis 2007 mit Lohnsteuer belastet (ON 13 S 5). Für 2005 wurde diese Steuerbelastung aufgrund des negativen Betriebsergebnisses bei der Veranlagung zur Einkommensteuer reduziert, in den beiden Folgejahren jedoch

erhöht (ON 13 S 9). Die Erhöhung der Unterhaltsbemessungsgrundlage um die Privatentnahmen ändert nichts daran, dass der Unterhaltspflichtige - wie er in seinem Revisionsrekurs auch betont - nach dem Akteninhalt eine nicht unerhebliche Steuerlast zu tragen hatte. Damit ist hier eine Anrechnung der Transferleistungen nach jenen Kriterien vorzunehmen, die die höchstgerichtliche Judikatur entwickelt hat (dazu RIS-Justiz RS0117084; 6 Ob 44/07z = Zak 2007/297; Gitschthaler, Unterhaltsrecht² Rz 338). Dabei muss zunächst der Grenzsteuersatz ermittelt werden. Dieser ergibt sich aus dem iSd § 33 EStG steuerpflichtigen Einkommen des Unterhaltspflichtigen (Schwimann/Kolmasch, aaO 106), das bei (hier: auch) selbständig tätigen Unterhaltsverpflichteten anhand des Einkommensteuerbescheids ermittelt werden kann. Die Grenzsteuersätze betragen seit dem 1. 1. 2005 bei einem Jahreseinkommen zwischen 10.001 und 25.000 EUR 38,3 %, zwischen 25.001 und 51.000 EUR 43,6 %, und über 51.000 EUR 50 % (6 Ob 44/07z). Seit der Änderung des § 33 Abs 1 EStG durch die Steuerrechtsreform 2009, BGBl I 2009/26, ist von folgenden Einkommensgrenzen und Grenzsteuersätzen auszugehen: 11.001 - 25.000 EUR 36,5 %, 25.001 bis 60.000 EUR 43,2 %, und über 60.000 EUR 50 %. Der monatliche Kinderabsetzbetrag (§ 33 Abs 4 Z 3 EStG) erhöhte sich - soweit hier relevant - auf 29,20 EUR für das erste und 43,80 EUR für das zweite Kind. Diese Änderungen gelten nach der Übergangsbestimmung des Art 124b Z 155 für Bezugszeiträume ab 1. 1. 2009 und sind daher grundsätzlich bei Ermittlung des reduzierten Unterhaltsbetrags ab 1. 1. 2009 zu berücksichtigen (vgl 6 Ob 44/07z).

Das Erstgericht hat zwar die steuerpflichtigen Bezüge des Vaters für das Jahr 2008 (mit 39.931 EUR) festgestellt, nicht aber jene für den vorangegangenen, der Unterhaltsbemessung zugrundeliegenden Zeitraum. Was das Jahr 2008 betrifft, bezog sich die festgestellte Steuerbemessungsgrundlage offenbar nur auf das „Rumpfwirtschaftsjahr". Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung erster Instanz lag ja der Jahresabschluss für 2008 noch nicht vor. Soweit das Erstgericht den Unterhalt für die Vergangenheit festgesetzt hat (das betrifft den Zeitraum vom 9. 5. bis 31. 12. 2007), ist zur Ermittlung des reduzierten Unterhaltsbetrags die Steuerbemessungsgrundlage für das Jahr 2007 festzustellen, das als Basis für die Bemessung des Unterhalts diente. Dabei gelten für die Entlastung durch Anrechnung der Transferleistungen nach wie vor die Grenzsteuersätze der Steuerreform 2005. Für die Bemessung des zukünftigen Unterhalts ist als Unterhaltsbemessungsgrundlage das in den vorangegangenen drei Jahren erzielte durchschnittliche Einkommen (inklusive Privatentnahmen) maßgeblich. Für diesen Zeitraum wird das Erstgericht die durchschnittliche Steuerbemessungsgrundlage festzustellen und danach die steuerliche Entlastung (ab 1. 1. 2009 aufgrund der geänderten Grenzsteuersätze) zu bemesssen haben.

Eine Reduktion der monatlichen Unterhaltsbeträge aufgrund der steuerlichen Entlastung des unterhaltspflichtigen Vaters ist auch für den Zeitraum vom 9. 5. 2007 bis 31. 12. 2007 vorzunehmen, in dem das Erstgericht die Prozentkomponente aufgrund des Unterhaltsstopps nicht voll ausgeschöpft hat (RIS-Justiz RS0117017). Bei der Unterhaltsfestsetzung für den Zeitraum vom 1. 1. bis 30. 6. 2008 hat das Erstgericht ohnehin die Unterhaltsbeträge, die es aufgrund des tatsächlichen Einkommens nach der Prozentkomponente ermittelte, durch die steuerliche Anrechnung der Transferleistungen reduziert, was die unterhaltsberechtigten Kinder unbekämpft ließen. Der Vater bekämpft in seinem Revisionsrekurs diese Kürzung inhaltlich in keiner Weise. Er zeigt nicht ansatzweise auf, inwieweit sich diese Methode der Anrechnung negativ auf seine Unterhaltsverpflichtung auswirken sollte. Die angeordnete Aufhebung erfasst daher nicht die Unterhaltsfestsetzung für den Zeitraum vom 1. 1. bis 30. 6. 2008.

**Textnummer**

E93146

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0010OB00257.09I.0129.000

**Im RIS seit**

28.02.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

02.03.2012

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at