

TE OGH 2019/2/20 3Ob9/19y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.02.2019

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr.

Hoch als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Roch und Dr. Rassi und die Hofrätinnen Dr. Weixelbraun-Mohr und Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E*****, vertreten durch Dr. Helene Klaar Dr. Norbert Marschall Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. K*****, vertreten durch Gibel Zirm Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, wegen Unterhalt, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 23. Oktober 2018, GZ 43 R 413/18f-263, womit das Endurteil des Bezirksgerichts Josefstadt vom 25. Juli 2018, GZ 25 C 13/09t-258, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der im Jahr 1980 geschlossenen Ehe der Streitteile entstammen zwei Söhne (geboren 1983 und 1993). Aufgrund der von den Ehegatten einvernehmlich gewählten Lebensgestaltung machte der Beklagte als Manager Karriere, während sich die Klägerin ab 1983 der Betreuung der Kinder und dem Haushalt widmete. Die eheliche Lebensgemeinschaft wurde im August 1999 aufgehoben. Der Beklagte leistet der Klägerin seither – auf Basis eines monatlichen Nettoeinkommens von 100.000 EUR pro Jahr (8.333 EUR pro Monat) und unter Berücksichtigung seiner Sorgepflichten für die zwei Söhne – einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von 2.180 EUR. Die Ehe der Streitteile wurde mit Urteil vom 18. Dezember 2006 gemäß § 55 EheG geschieden, wobei das alleinige Verschulden des Beklagten an der Zerrüttung der Ehe gemäß § 61 Abs 3 EheG festgestellt wurde. Die Selbsterhaltungsfähigkeit der Söhne der Parteien trat spätestens mit 1. April 2016 ein.

Der Beklagte errichtete mit Notariatsakt vom 10. Dezember 2002 – also in der Zeit zwischen der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft und der Scheidung und in Kenntnis seiner laufenden Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Klägerin – eine Privatstiftung, in die er einen Barbetrag von 70.000 EUR einbrachte. Der Zweck der Stiftung ist laut Stiftungsurkunde in erster Linie die wirtschaftliche Sicherung des Fortbestands und des Wachstums des in der Stiftung vorhandenen Vermögens durch dessen entsprechende Anlage und Verwaltung, und die Unterstützung

der jeweiligen Begünstigten, insbesondere durch Gewährung einer Geldleistung zur Sicherung und Verbesserung ihres Lebensunterhalts und ihrer standesgemäßen Versorgung sowie Abdeckung sonstiger Bedürfnisse.

Der Beklagte ist der Erstbegünstigte der Stiftung und hat sich ausdrücklich das Recht des Widerrufs der Stiftung vorbehalten. Im Fall eines solchen Widerrufs erhalten die Letztbegünstigten das gesamte Stiftungsvermögen nach Abwicklung der Stiftung. Die Tätigkeit der Stiftung besteht im Erwerb, der Verwaltung und der Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen und Finanzanlagen. Der Beklagte hat seit Gründung der Stiftung keine Zuwendungen von dieser erhalten.

Die Privatstiftung erwarb über Vermittlung des Beklagten noch im Jahr 2002 die Anteile eines Unternehmens, das zu jenem Konzern gehörte, bei dem der Beklagte damals noch beschäftigt war, um einen symbolischen Kaufpreis in der Höhe zwischen 1 EUR und 1.000 EUR. Er errichtete die Privatstiftung, um so die sich ihm aufgrund seiner Managertätigkeit im Zusammenhang mit einem „Management-Buy-out“ bietende Geschäftschance des Erwerbs dieser Unternehmensanteile zu nutzen. Im September 2009 veräußerte die Privatstiftung die Unternehmensanteile wieder, wobei sie einen Veräußerungsüberschuss in Höhe von 4.300.000 EUR erzielte. Diese exorbitante Wertsteigerung der Unternehmensanteile in nur wenigen Jahren war auf Sanierungsleistungen des Managements, als auch des Beklagten, zurückzuführen.

Die Privatstiftung zahlte den erlösten Betrag von 4.300.000 EUR in eine von ihr damals neu gegründete GmbH (als Stammkapital von 100.000 EUR und als zusätzliches Agio von 4.200.000 EUR) ein. Aufgrund der steuerlichen Begünstigung der Übertragung von stillen Reserven gemäß § 13 Abs 4 KStG war für diesen Beteiligungsveräußerungsüberschuss keine Zwischen-Körperschaftsteuer zu zahlen. Die GmbH erwarb in den Jahren 2011 und 2012 mit dem Großteil dieses Veräußerungsgewinns – und unter erheblichem Einsatz von Fremdkapital – drei in Wien gelegene Liegenschaften mit darauf errichteten Zinshäusern. In den Jahren 2010 bis 2012 machte sie jeweils einen Bilanzverlust, sodass es keine Gewinnausschüttungen an den Beklagten gab. Im Jahr 2014 erwarb die GmbH ein viertes Zinshaus in Wien, dessen Kaufpreis zur Gänze aus Fremdmitteln finanziert wurde.

Im Jahr 2012 gründete die Stiftung eine weitere GmbH, deren Geschäftszweck der Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen ist. Der Beklagte hat bisher auch aus dieser zweiten GmbH keine Bezüge oder geldwerten Vorteile erhalten; dies ist auch für die Zukunft nicht geplant.

Hätte der Beklagte die sich ihm im Jahr 2002 bietende Geschäftschance des Unternehmenserwerbs selbst wahrgenommen, wäre ihm – bei sonst identem Verlauf – bei Veräußerung der Unternehmensanteile im Jahr 2009 nach Abzug der Steuern ein Betrag von 3.219.928 EUR zugekommen.

Hätte der Beklagte die 70.000 EUR, die er 2002 in die Stiftung einbrachte, auf dem österreichischen Rentenmarkt veranlagt, hätte er pro Monat (nach Abzug der KEST) folgende durchschnittliche Nettorendite (Sekundärmarktrendite bzw ab 1. April 2015 Umlaufgewichtete Durchschnittsrendite für Bundesanleihen) erzielen können: im Jahr 2007 186 EUR, im Jahr 2008 182 EUR, im Jahr 2009 146 EUR, im Jahr 2010 109 EUR, im Jahr 2011 [richtig:] 115 EUR, im Jahr 2012 65 EUR, im Jahr 2013 47 EUR, im Jahr 2014 50 EUR, im Jahr 2015 21 EUR, im Jahr 2016 2 EUR und im Jahr 2017 8 EUR.

Hätte der Beklagte die 3.219.928 EUR auf dem Kapitalmarkt in der Risikoklasse 3 („moderate“ Risikoneigung, 40 % Anleihen, 40 % Aktien, 5 % Immobilien, 5 % alternative Investments und 10 % Liquidität) angelegt, hätte er im Zeitraum 14. September 2009 bis Oktober 2017 (ohne Wiederveranlagung der Erträge) insgesamt Netto-Ausschüttungen von 368.881,05 EUR erhalten; berücksichtigt man eine passive „Management-Fee“ von 1 % des fiktiv veranlagten Betrags pro Jahr (also rund 32.000 EUR jährlich) hätten sich die Netto-Ausschüttungen in diesem Zeitraum auf insgesamt 40.861,49 EUR reduziert; unter Einbeziehung von Kursgewinnen hätte er (unter Zugrundelegung der Management-Fee von 1 %) insgesamt 1.718.652,55 EUR erwirtschaften können.

Die Klägerin begehrt nach mehreren Klageausdehnungen und -einschränkungen zuletzt – nach Abzug des ihr bereits mit Teilanerkennnisurteil vom 9. Februar 2010 zugesprochenen monatlichen Unterhaltsbeitrags von 2.180 EUR und des ihr überdies für den Zeitraum November und Dezember 2009 rechtskräftig zugesprochenen Teilbetrags von 1.757,25 EUR monatlich – einen weiteren monatlichen Unterhaltsbeitrag von 2.741,61 EUR für November und Dezember 2009, von 2.699,61 EUR für Jänner bis Dezember 2010, von 2.696,86 EUR für Jänner bis Dezember 2011, von 2.440,92 EUR für Jänner bis Dezember 2012, von 2.644,94 EUR für Jänner 2013 bis März 2016, von 4.188,92 EUR von April 2016 bis Oktober 2017 und von 7.665 EUR ab 1. November 2017 (ON 244 S 23 ff). Bei der Ermittlung der fiktiven

Vermögenserträge sei von einer hohen Risikobereitschaft des Beklagten auszugehen, es sei daher die Risikoklasse 3 zugrunde zu legen.

Der Beklagte wendete ein, eine fiktive Berechnung hypothetischer Erträge könne keinesfalls von einer mit Risiko behafteten Kapitalmarktveranlagung ausgehen, die mit der Gefahr eines Kapitalverlusts verbunden wäre. Wertsteigerungen von Aktien führten zunächst nur zu einem „Papiergewinn“; sie würden erst dann zu einem echten Ertrag, wenn man die Aktien verkaufte, was jedoch eine grundsätzlich nicht unterhaltsrelevante Vermögensumschichtung darstelle. Der laufende Ertrag von Aktien oder ähnlichen Anlagen bestehe nur aus den ausgeschütteten Dividenden, die bei einer längerfristigen Betrachtung häufig deutlich unter dem Ertrag der mündelsicheren Veranlagung der §§ 215 ff ABGB lägen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren für den Zeitraum November 2009 bis Dezember 2010, Jänner 2012 bis Dezember 2015 und Jänner bis Oktober 2017 zur Gänze und für den Zeitraum April bis Dezember 2016 sowie ab November 2017 teilweise statt und wies es für das Jahr 2011 und für den Zeitraum Jänner bis März 2016 zur Gänze ab. Da die Söhne der Streitteile spätestens seit 1. April 2016 selbsterhaltungsfähig seien, betrage der Unterhaltsanspruch der Klägerin bis Ende März 2016 25 % und seither 33 % der Bemessungsgrundlage. Das für die Unterhaltsbemessung relevante Einkommen des Beklagten setze sich ausgehend von der im ersten Rechtsgang ergangenen Entscheidung 3 Ob 96/15m aus seinem tatsächlich erzielten Einkommen aus selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit und aus den von ihm hypothetisch zu erzielenden Erträgen aus 70.000 EUR einerseits und rund 3.200.000 EUR andererseits zusammen. Da der Oberste Gerichtshof darauf abgestellt habe, welche Erträge der Beklagte aus dem letztgenannten Betrag erzielt hätte, hätte er diesen am Kapitalmarkt unter Abwägung von Ertrag und Risiko „möglichst erfolgversprechend“ angelegt, komme eine Orientierung an der Sekundärmarktrendite (wie bei der fiktiven Veranlagung der 70.000 EUR) nicht in Betracht. Das fiktive Anlageverhalten des Beklagten sei vielmehr anhand seiner bisherigen Anlageentscheidungen zu eruieren, die ein mittleres bis hohes Veranlagungsrisiko beinhaltet hätten. Der Beklagte sei daher zumindest der Risikoklasse 3 zuzuordnen. Innerhalb dieser Risikoklasse seien nicht nur die vom Sachverständigen fiktiv ermittelten Ausschüttungen, sondern auch die hypothetischen Kursgewinne und -verluste heranzuziehen, weil bei einer typischen Veranlagung mit einem vergleichsweise hohen Risiko das Hauptaugenmerk des Anlegers auf den Kursgewinnen liege und die möglichen Ausschüttungen, wie etwa Dividenden, nur einen verhältnismäßig geringen Anteil der zu erzielenden Gewinne ausmachten. Bei der Ermittlung sei eine Management-Fee von 1 % jährlich abzuziehen, weil es bei dem vergleichsweise hohen Risiko der Risikoklasse 3 angemessen und lege artis sei, ein passives Management in Anspruch zu nehmen. Eine mögliche Wiederveranlagung der Erträge sei nicht zu berücksichtigen, weil dies zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der Klägerin führen würde. Für die Jahre 2011 und 2016 ergebe die hypothetische Berechnung monatliche Verluste des Beklagten aus der fiktiven Vermögensanlage, sodass in diesen Zeiträumen der Unterhaltsanspruch der Klägerin ausschließlich auf Basis seines tatsächlichen Einkommens zu ermitteln sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge. Der Beklagte sei nach der vom Obersten Gerichtshof im ersten Rechtsgang zu 3 Ob 96/15m vorgegebenen Rechtsansicht auf die fiktiven Erträge jenes Vermögens, dessen er sich zugunsten der von ihm errichteten Privatstiftung begeben habe, anzuspannen, wobei er so zu behandeln sei, als ob er sein Kapital unter Abwägung von Ertrag und Risiko möglichst erfolgversprechend am Kapitalmarkt angelegt hätte. Die in Entsprechung dieser Vorgaben getroffenen Feststellungen des Erstgerichts beruhten auf den Ergebnissen des eingeholten Sachverständigengutachtens. Der Sachverständige habe nachvollziehbar dargelegt, dass bei der Ermittlung der fiktiven Erträge bei der heranzuziehenden Risikoklasse 3 und dem damit verbundenen Anlageverhalten auf dem Kapitalmarkt nicht nur Ausschüttungen, sondern auch Kursgewinne und -verluste einzubeziehen seien, weil ansonsten der tatsächlich erwirtschaftete Gewinn nicht realitätskonform ermittelt werden könne.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, nach welchen Kriterien die dem Unterhaltsschuldner nach Anspannungsgrundsätzen zuzurechnenden Erträge aus einer fiktiv vorzunehmenden Anlage seines Vermögens auf dem Kapitalmarkt zu ermitteln seien, insbesondere ob lediglich Zinsen und Dividenden einzubeziehen seien oder auch Wertsteigerungen und -verluste der erworbenen Geschäftsanteile und Wertpapiere bzw Kursgewinne und -verluste.

Die Revision des Beklagten ist wegen einer vom Obersten Gerichtshof aufzugreifenden Fehlbeurteilung der Vorinstanzen zulässig und im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantragsberechtigt.

Rechtliche Beurteilung

1. Vorauszuschicken ist, dass sich der Revisionswerber in dritter Instanz nicht mehr gegen seine von den Vorinstanzen – entsprechend dem Standpunkt der Klägerin – vorgenommene Einstufung in die Risikoklasse 3 wendet. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob ein Unterhaltsschuldner, der es verabsäumt hat, (eigene) Erträge aus – wie hier – rund 3.200.000 EUR zu erzielen, im Rahmen der Anspannung tatsächlich so zu behandeln ist, als hätte er diesen Betrag zwecks Erzielung potenziell höherer Erträge überwiegend in solche Kapitalmarktprodukte investiert, die mit dem – letztlich auch zu Lasten der Unterhaltsberechtigten gehenden – Risiko eines (gänzlichen oder teilweisen) Kapitalverlusts verbunden sind (vgl aber 1 Ob 240/09i, wo auf

den

fiktiven Zinsertrag bei konservativer Veranlagung abgestellt wurde).

2.1. Der erkennende Senat hat bereits im ersten Rechtsgang (zu 3 Ob 96/15m) ausgesprochen, dass

ein Unterhaltspflichtiger, der sein Vermögen ertraglos angelegt hat, auf eine erfolgversprechende Anlageform angespannt werden kann und daher

unterhaltsrechtlich so zu behandeln ist, als hätte er sein Kapital unter Abwägung von Ertrag und Risiko möglichst erfolgversprechend angelegt (RIS-Justiz

RS0047643 [T4 und T5]). Es entspricht der herrschenden Rechtsprechung, dass in die Unterhaltsbemessungsgrundlage auch die Erträge des Vermögens des Verpflichteten einzubeziehen sind, grundsätzlich aber nicht die Vermögenssubstanz selbst (RIS-Justiz

RS0113786). Solche Erträge können etwa Kapitalzinsen sein (2 Ob 295/00x = RIS-Justiz RS0113786 [T2]) – im Rahmen der Anspannung also zumutbarerweise erzielbare Vermögenserträge (10 Ob 57/08t) – oder

der auf die Verzinsung der Ersparnisse entfallende Anteil der Rente aus einer Lebensversicherung (4 Ob 218/08z = RIS-Justiz RS0113786 [T6]) oder auch Einnahmen aus der Vermietung einer Liegenschaft (

1 Ob 98/03y). Hingegen

ist der beim Verkauf einer Liegenschaft erzielte Kaufpreis nicht als „Ertrag des Vermögens“ anzusehen, sondern als Gegenwert für die Sachsubstanz selbst und damit als „Vermögenssubstanz“ (RIS-Justiz RS0113786 [T3]).

2.2. Ausgehend davon kann auch ein allfälliger durch Erwerb und anschließenden Verkauf von Wertpapieren erzielter Kursgewinn schon von vornherein nicht als Vermögensertrag gewertet werden; ein solcher realisierter Kursgewinn ist – ebenso wie ein beim Verkauf eines sonstigen Vermögensbestandteils, etwa einer Liegenschaft, erzielter Gewinn – Bestandteil des erlangten Kaufpreises und damit des Gegenwerts für die Sachsubstanz.

2.3. Im Übrigen ist die Berücksichtigung der fiktiven Kursgewinne auch deshalb verfehlt, weil der Sachverständige in seinem Gutachten ausdrücklich von einer „buy and hold-Strategie“ und damit von der Prämisse ausgegangen ist, der Beklagte habe die fiktiv erworbenen Wertpapiere während des gesamten Beobachtungszeitraums nicht verkauft. Kursgewinne (und -verluste) werden aber erst mit einem Verkauf der betreffenden Wertpapiere realisiert. Im Hinblick auf diese unterstellte Anlagestrategie ist es im Übrigen entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht sachgerecht, eine – die potenziellen Ausschüttungen ganz massiv reduzierende – Vermögensverwaltungsgebühr (Management-Fee) zu berücksichtigen.

2.4. Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Vorgangsweise der Vorinstanzen, nur die Kursgewinne, nicht aber auch die Kursverluste zu berücksichtigen, inkonsequent ist: Wären nämlich, wie von den Vorinstanzen angenommen, die (fiktiven) Kursgewinne in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen, müssten auch die in einzelnen Jahren erfolgten Kursverluste – in diesem Fall zu Lasten der Klägerin – berücksichtigt werden.

3. Aufgrund seiner vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht hat das Erstgericht keine detaillierten Feststellungen zu den vom Beklagten in jedem einzelnen vom Klagebegehren umfassten Jahr in der Risikoklasse 3 fiktiv zu erzielenden „Ausschüttungen netto“ (Zinsen bzw Dividenden, ohne Kursgewinne und -verluste) getroffen. Dies wird im fortgesetzten Verfahren nachzuholen sein. Dabei wird das Erstgericht auch zu beachten haben, dass bisher keine

ausreichenden Beweisergebnisse für die Zeit ab Mitte September 2016 vorliegen. Die Vorgangsweise des Sachverständigen in seinem bisher letzten Ergänzungsgutachten vom 12. Oktober 2017 (ON 242), für den – bereits damals in der Vergangenheit liegenden und daher konkret beurteilbaren – Zeitraum Herbst 2016 bis Herbst 2017 einfach ein Siebtel der Werte der vorangegangenen sieben Jahre zugrunde zu legen, erscheint angesichts der in den einzelnen Jahren stark schwankenden Ergebnisse nicht sachgerecht.

4. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Textnummer

E124230

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2019:0030OB00009.19Y.0220.000

Im RIS seit

12.03.2019

Zuletzt aktualisiert am

12.12.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at