

# *iFamZ*



**Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht**  
Beratung • Unterbringung • Rechtsfürsorge

Peter Barth / Judit Barth-Richtarz / Astrid Deixler-Hübner / Robert Fucik /  
Michael Ganner / Christian Kopetzki / Matthias Neumayr / Martin Schauer /  
Waltraute Steger / Gabriela Thoma-Twaroch / Wilhelm Tschugguel / Christa Zemanek

## **Kindschaftsrecht**

Ausübung der elterlichen Obsorge durch Dritte  
„Gestaltung“ des Einkommens und Unterhaltungspflicht  
Vorläufiger Unterhalt und 13. Familienbeihilfe

## **Sachwalterrecht, Heimvertrags- und Altenrecht**

Errichtung einer Vorsorgevollmacht bei Gericht

## **UbG/HeimAufG/Medizinrecht**

Handlungspflichten von Pflegepersonen bei Feststellung des Todes

## **Internationale Aspekte**

Das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen

## **Interdisziplinärer Austausch**

Sachwalterschaft und Selbstbestimmung – die Sichtweise der Betroffenen

## **Aktuelles**

Europäische Unterhaltsverordnung beschlossen



weil eine solche Vereinbarung nicht zulasten des Kindes bzw anderer Außenstehender gehen kann.<sup>115</sup> Deshalb haftet ein Nachbar, der aus Gefälligkeit zeitweise auf das Kind aufpasst, gegenüber dem Kind **bereits bei leichter Fahrlässigkeit** für jene **Sorgfalt, die von ordentlichen Eltern erwartet** werden kann.<sup>116</sup> Gehilfen von Personen, die aus Gefälligkeit Aufgaben der Pflege oder Erziehung übernommen haben, haften nach deliktischen Grundsätzen. Voraussetzung der Haftung ist hier also nach § 1296 ABGB der Nachweis eines Verschuldens. Eine Einstandspflicht für solche Untergehilfen besteht nur im Rahmen des § 1315 ABGB.<sup>117</sup> Schließlich haften auch Personen, welche die Aufsicht über das Kind aus bloßer Gefälligkeit übernommen haben, bei Verletzung ihrer Aufsichtspflicht nach § 1309 ABGB für jenen Schaden, den das Kind Dritten zugefügt hat.<sup>118</sup>

## VIII. Schlussbetrachtung

Wie sich gezeigt hat, sind die Eltern nicht verpflichtet, allen Aufgaben im Rahmen der Obsorge in eigener Person nachzukommen, sondern sie dürfen diese Tätigkeiten grundsätzlich auch an Dritte übertragen. Dieses Recht ergibt sich nicht zuletzt aus dem Grundsatz der Familienautonomie, wonach die Eltern die Obsorge, insb die Pflege und Erziehung des Kindes, nach eigenen Vorstellungen gestalten dürfen. Wenngleich die Übertragung von Aufgaben im Rahmen der Obsorge an Dritte in weiten Bereichen zulässig ist, darf daraus nicht abgeleitet werden, dass die Eltern Ob-

sorgeaufgaben nach Belieben Dritten überlassen dürften. Jedenfalls unzulässig ist die Betrauung Dritter, wenn damit eine Gefährdung des Kindeswohls einherginge. Darüber hinaus ist es die vorrangige Aufgabe der Eltern, das Wohl ihres Kindes zu fördern, weshalb bei der Entscheidung, ob das Kind einem Dritten anvertraut werden soll, die Interessen des Kindes zu berücksichtigen sind. Während die zeitweilige Überlassung des Kindes an Dritte in aller Regel unproblematisch erscheint, ist eine **gänzliche Übertragung** der mit der Obsorge verbundenen Aufgaben und die Übergabe des Kindes in fremde Pflege **nur in Ausnahmefällen** zulässig, etwa wenn den Eltern die Betreuung des Kindes aufgrund ihrer Lebensverhältnisse nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Aber auch in einem solchen Fall sind die Eltern weiterhin verpflichtet, persönlichen Kontakt zu halten und dem Kind Beistand zu leisten. Überhaupt können Dritte den Eltern ihre Verantwortung gegenüber dem Kind nicht abnehmen, sondern sie lediglich unterstützen. Dementsprechend bleiben die Eltern stets zur Oberaufsicht verpflichtet und haben, falls das Kindeswohl gefährdet erscheint, unverzüglich einzuschreiten. Somit bleibt die elterliche Verantwortung immer aufrecht. ■

<sup>115</sup> Zur eingeschränkten Haftung für unentgeltliche Leistungen s §§ 945, 1300 und 1319a ABGB.

<sup>116</sup> IdS *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup>, § 1295 Rz 142.

<sup>117</sup> *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup>, § 1295 Rz 141 ff; *Karner* in *KBB*<sup>2</sup>, § 1313a Rz 2.

<sup>118</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1309 Rz 2; *Karner* in *KBB*<sup>2</sup>, § 1309 Rz 4.

## Die „Gestaltung“ des Einkommens durch Unterhaltspflichtige zur Minderung ihrer Unterhaltsverpflichtung

### Was sind Indikatoren dafür, dass das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen bewusst „gestaltet“ worden ist?

*Der unmittelbare Zusammenhang „niedriges Einkommen – niedriger Unterhalt bzw Alimente“ stellt für Unterhaltspflichtige eine starke Verlockung dar, ihr Einkommen so niedrig wie möglich darzustellen.*

MAG. RUDOLF SIART/MMAG. FLORIAN DÜRAUER\*

#### I. Wer kann sein Einkommen „gestalten“?

Angestellte Dienstnehmer beziehen Gehälter, die in Lohnzetteln an die Gebietskrankenkasse und das Finanzamt gemeldet werden.<sup>1</sup> Solange keine familiären Beziehungen zum Arbeitgeber vorliegen, bestehen hier kaum Einflussmöglichkeiten (Vorsicht aber bei Diäten, Kfz-Kosten, Sachbezügen). **Selbständig erwerbstätige** Unterhaltspflichtige können hingegen aufgrund von Steuerungs-

und Gestaltungsmöglichkeiten bei Umsätzen und Betriebsausgaben wesentlich mehr Einfluss nehmen. Erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten sind im Rahmen von **Gesellschaftskonstruktionen** (GmbH, OG, KG) gegeben, insb wenn ein Unterhaltspflichtiger beherrschenden Einfluss auf diese Gesellschaft ausübt (zB Ein-Personen-GmbH).

#### II. Indikatoren für ein „gestaltetes“ Einkommen

Eine grobe **betriebswirtschaftliche Analyse** (Gegenüberstellung) der Betriebseinnahmen und -ausgaben eines selbständigen Unterhaltspflichtigen über mehrere Jahre gibt

\* Mag. Rudolf Siart ist Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Buchsachverständiger in Wien. MMag. Florian Dürauer ist Steuerberater in Wien.

<sup>1</sup> Siehe dazu *Siart/Dürauer*, iFamZ 2008, 68; *dies*, iFamZ 2008, 122.



Aufschluss darüber, ob es im untersuchten Zeitraum zu nennenswerten Schwankungen (bei Umsätzen und Ausgabenpositionen wie zB Personal, Subhonoraren oder Kfz-Kosten) gekommen ist. Wenn derartige grobe Schwankungen (zB ein massiver Umsatzeinbruch) nicht durch betriebswirtschaftliche Gründe erklärt werden können, dann sollte eine Detailprüfung der Abweichungen vorgenommen werden. Dies insb dann, wenn Schwankungen in engem zeitlichen Zusammenhang mit einschneidenden Ereignissen (zB Scheidung) stehen.

Das Einkommen eines selbständigen Unterhaltspflichtigen sollte überdies anhand von dessen **Lebenshaltungskosten** einer **Plausibilitätsprüfung** unterzogen werden. Wenn die grob ermittelten Lebenshaltungskosten (insb Fixkosten wie Miete, Versicherungen, Fahrt- und Kommunikationskosten) nicht vom ermittelten Einkommen gedeckt werden können, stellt das einen Indikator dafür dar, dass der Unterhaltspflichtige über weitere – unbekannte – Einkommensquellen verfügt, aus denen er seine Lebenshaltung bestreitet, ohne den Unterhaltsberechtigten daran teilhaben zu lassen. ■

## Die Höhe des vorläufigen Unterhalts nach Einführung der 13. Familienbeihilfe

### Zur Auslegung des Begriffs „Grundbetrag der Familienbeihilfe“

Mit der jüngsten Änderung des FLAG durch BGBl I 2008/131 wurde eine 13. Familienbeihilfe eingeführt: Der im September zustehende Betrag an Familienbeihilfe wird verdoppelt. Nun stellt sich die Frage nach den Auswirkungen dieser Regelung auf die Höhe des vorläufigen Unterhalts nach § 382a EO.

AR FRANZ NEUHAUSER\*

#### I. Grundbetrag der Familienbeihilfe

Die Bestimmung des § 382a EO über die Regelung des vorläufigen Unterhalts für Minderjährige gehört seit 1. 1. 1988<sup>1</sup> zum österreichischen Rechtsbestand.<sup>2</sup>

Der dem FLAG unbekannt Begriff des „Grundbetrags der Familienbeihilfe“ in § 382a Abs 2 EO, mit dem der vorläufige Unterhalt der Höhe nach begrenzt ist, bereitete von Beginn an Auslegungsschwierigkeiten. Die wohl nunmehr herrschende Auffassung subsumiert unter den Begriff Grundbetrag der Familienbeihilfe auch die **Altersstaffel** nach § 8 Abs 2 FLAG, nicht aber die **Geschwisterstaffel** oder **Mehrkindstaffel** nach § 8 Abs 3 FLAG.<sup>3</sup> Die Einbeziehung der Altersstaffel passt in das System des Unterhaltsrechts, das mit steigendem Alter höhere Prozentsätze vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen zuspricht. Die Berücksichtigung der Mehrkindstaffel würde dazu führen, dass die Höhe des vorläufigen Unterhalts von der Anzahl und Reihenfolge der Kinder abhängig wäre, was systemwidrig dazu führen würde, dass der vorläufige Unterhalt für jüngere Kinder höher wäre.<sup>4</sup> Der hM ist daher zuzustimmen.

#### II. Novellierung des FLAG

Durch die jüngste Änderung des FLAG<sup>5</sup> hat der Gesetzgeber das Auslegungsproblem, was unter dem Begriff

Grundbetrag der Familienbeihilfe zu verstehen ist, noch um eine weitere Facette ergänzt: Aufgrund der Aufgabe der Auszahlung der Familienbeihilfe in monatlich gleich hohen Beträgen und der Einführung der **13. Familienbeihilfe** durch Verdopplung der September-Familienbeihilfe (§ 8 Abs 8 FLAG) stellt sich die Frage nach den Auswirkungen dieser Regelung auf die Höhe des vorläufigen Unterhalts nach § 382a EO.

*Schwimann/Kolmasch*<sup>6</sup> lehnen Auswirkungen der 13. Familienbeihilfe auf die Höhe des vorläufigen Unterhalts mit der Begründung ab, dass vorläufiger Unterhalt unbestritten nur zwölfmal jährlich zusteht und eine aliquote Erhöhung keinesfalls vom Begriff „Grundbetrag“ umfasst sei.

Das Argument, dass vorläufiger Unterhalt unstrittig nur zwölfmal jährlich zusteht, überzeugt nicht, da Unterhaltsleistungen grundsätzlich zwölfmal jährlich zugesprochen werden und die bei unselbständig Erwerbstätigen idR anfallenden 13. und 14. Monatsbezüge bei Ermittlung des für die Bemessung relevanten Einkommens ebenso unstrittig einzubeziehen sind. Überdies lassen Auszahlungsmodalitäten keinen zwingenden Schluss auf den Charakter und das Wesen der Leistung zu.

Zur Entkräftung des Arguments, dass die 13. Familienbeihilfe nicht unter den Begriff Grundbetrag subsumiert werden könne, hilft ein Blick auf die Gesetzesmaterialien.

\* AR Franz Neuhauser ist leitender Rechtsvertreter im Amt für Jugend und Familie – Rechtsvertretung für den 10. Bezirk in Wien.

<sup>1</sup> BGBl 1987/645.

<sup>2</sup> Zu den allgemeinen Voraussetzungen für die Zuerkennung von vorläufigem Unterhalt siehe etwa Sailer in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO, § 382a Rz 2 ff.

<sup>3</sup> OGH 8. 6. 2004, 10 Ob 28/04x, und 26. 9. 2007, 7 Ob 178/07p, gegen 9. 9. 2002, 7 Ob 200/02s.

<sup>4</sup> Neumayr in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup>, § 4 UVG Rz 104.

<sup>5</sup> BGBl I 2008/131.

<sup>6</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup> (2009) 70.