

15. Jahrgang / Dezember 2020 / Nr. 6

iFamZ

Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht

Beratung | Unterbringung | Rechtsfürsorge

Peter Barth | Judit Barth-Richtarz | Susanne Beck | Astrid Deixler-Hübner | Robert Fucik
Michael Ganner | Christian Kopetzki | Edeltraud Lachmayer | Christoph Mondel
Matthias Neumayr | Felicitas Parapatits | Ulrich Pesendorfer | Martin Schauer

SCHWERPUNKT

Familienrecht in Zeiten von COVID-19 und Brexit

Aktuelles zum Gewaltschutz zu Jahresbeginn 2021

Pandemiebedingte Schulschließungen und Kindeswohl

Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit mit Vorbehalt

Erwachsenenvertretung und COVID-19-Impfungen

OGH ruft VfGH zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen an

Einzelisolierung ohne Absonderungsbescheid nach EpiG

„No-Deal-Brexit“ und Unterhaltsvorschüsse

Aktuelles

Neuer Erlass zum Geschlechtseintrag

Überproportionale Erhöhung der Mindestpension

Kindschaftsrecht

Unterhaltsbemessungsgrundlage von Selbständigen

Erwachsenenschutzrecht, Heimvertrags- und Altenrecht

Aktuelle Entwicklungen im deutschen Betreuungsrecht

Erbrecht

Laufender Aufwand/Nutzen bei vermachter Eigentumswohnung



die sich aus der Unionsbürgerschaft ergeben, in dieses neue Abkommen übernommen werden, bleibt zweifelhaft.

IV. Innerstaatliche Regelungen zum Brexit

Der österreichische Nationalrat hat bereits am 29. 3. 2019 für den Fall eines „harten Brexit“ (worunter zum damaligen Zeitpunkt ein Austritt ohne Austrittsabkommen zu verstehen war) in Form eines Brexit-Begleitgesetzes¹⁶ vorgesorgt, das allerdings keine Regelungen für die hier relevanten Fragen enthält. Aufgrund des Zustandekommens des Austrittsabkommens hat dieses Gesetz aber weitestgehend an Bedeutung verloren. Somit ist für Fragen des Unterhaltsvorschlusses ausschließlich auf das Austrittsabkommen zurückzugreifen.

¹⁶ BreBeG 2019, BGBl I 2019/25.

V. Ergebnis

Soweit ein Kind mit UK-Staatsangehörigkeit und rechtmäßigem gewöhnlichen Aufenthalt zum 31. 12. 2020 einen (über dieses Datum hinausreichenden) Vorschussanspruch hat bzw in Zukunft erst erlangt, führt das durch Art 12 Austrittsabkommen weitergeführte Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV dazu, dass der Vorschussanspruch erhalten bleibt, auch in Fällen einer Vorschussweitergewährung oder einer Umstellung des Vorschusstyps. Schwieriger ist die Frage zu beurteilen, ob ein anderes Kind ab dem 1. 1. 2020 eine „neue“ Vorschussgewährung erreichen kann. Einige Personenkreise erhalten sich eine geschützte Rechtsposition bis 2025, vor allem wenn sich das Kind am 31. 12. 2020 nur vorübergehend nicht in Österreich aufhalten hat.

Die Unterhaltsbemessungsgrundlage von Selbständigen

Praktische Betrachtung aus Sicht der Gerichte und Buchsachverständigen

MATTHIAS NEUMAYR / RUDOLF SIART*

Kann die Unterhaltungspflicht einer selbständig erwerbstätigen Person¹ nicht im Einvernehmen festgelegt werden, zieht das Gericht regelmäßig einen Buchsachverständigen bei, um die Unterhaltsbemessungsgrundlage zu klären. Bereits die Diktion der von der höchstgerichtlichen Rsp regelmäßig herangezogenen Rechtssätze² zeigt die Komplexität des Themas. Dieser Beitrag soll zu einem besseren Verständnis der involvierten Disziplinen beitragen. Dabei wird herausgearbeitet, dass hinter unterschiedlichen Begrifflichkeiten der „beiden Welten“ ohnehin (notgedrungen) das Gleiche steht und stehen muss.

I. Zum Vorverständnis

Die Vorgaben des Gesetzgebers im Unterhaltsrecht sind von **unbestimmten Gesetzesbegriffen** geprägt. Nimmt § 231 Abs 1 ABGB immerhin noch auf den Beitrag der Eltern „zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten“ Bezug, spricht § 94 Abs 2 ABGB überhaupt nur von einem Anspruch des Ehegatten auf „Unterhalt, wobei eigene Einkünfte angemessen zu berücksichtigen sind“.³ Nur wenig konkreter ist die Regelung der nachehelichen Unterhaltungspflicht bei Scheidung wegen Verschuldens in § 66 EheG: Der allein oder überwiegend an der Zerrüttung der Ehe schuldige (Ex-)Ehegatte hat dem anderen Ex-Ehegatten den nach

den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt zu gewähren, soweit (beim unterhaltsberechtigten Ex-Ehegatten) die eigenen Einkünfte aus Vermögen und die Erträge aus einer nach den Umständen erwartbaren Erwerbstätigkeit nicht ausreichen. Gemeinsam ist das Abstellen auf den inhaltlich wenig determinierten Begriff der „**Lebensverhältnisse**“ als maßgeblichen Faktor.

Es wundert daher nicht, dass die konkrete Ausformung des Unterhaltsrechts von der Rsp dominiert wird. Diese stützt sich heute vor allem auf die **Prozentmethode**, die für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs im Wesentlichen auf das **Einkommen des Unterhaltspflichtigen** abstellt (s Pkt II.A.). Aus diesem Grund ist in einem ersten Schritt jedenfalls die Unterhaltsbemessungsgrundlage zu ermitteln.

Gerade bei selbständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldern ist die **Heranziehung von Buchsachverständigen durch die erstinstanzlichen Gerichte gang und gäbe**. Da die Klärung von Tatsachenfragen im Wesentlichen der ersten Instanz überantwortet ist,⁴ werden die aus Gutachten übernommenen Feststellungen bis in die dritte Instanz getragen und finden so auch Eingang in die höchstgerichtliche Rsp – indirekt auch in Rechtssätze des OGH. Wie in einem Kreislauf wirken diese wieder zurück in die Diktion der Gutachten sowie der erst- und zweitinstanzlichen Entscheidungen.

* Univ.-Prof. Dr. Matthias Neumayr ist Vizepräsident des OGH. Prof. Mag. Rudolf Siart ist Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Buchsachverständiger in Wien. Die Autoren danken Mag. Dominik Kowarsch, MLS BIB für seine hilfreiche Unterstützung.

¹ Im Folgenden wird zur vereinfachten Lesbarkeit idR die generisch männliche Form herangezogen; sie umfasst in gleicher Weise die generisch weibliche Form.

² Beispielsweise ein im Jahr 1992 zu RIS-Justiz RS0013386 gebildeter Rechtssatz: „Maßgeblich für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit ist in erster Linie die sich aus dem Gesamteinkommen des Unterhaltspflichtigen nach Abzug von Steuern und öffentlichen Abgaben vom Einkommen ergebende tatsächliche wirtschaftliche Lage, somit die Summe der dem Unterhaltsschuldner tatsächlich zufließenden verfügbaren Mittel. Die Unterhaltsbemessungsgrundlage ist daher, wenn erforderlich, nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu korrigieren.“

³ Dazu etwa Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB⁵, § 94 Rz 8: „Die strukturell wie redaktionell missglückte Normierung des § 94 Abs 2 hat sich für die Rechtsanwendung als wenig hilfreich erwiesen; die Regelung ist weitgehend unklar und lückenhaft.“

⁴ In Bezug auf Tatsachenfragen wird die zweite Instanz nur kontrollierend tätig, die dritte überhaupt nicht.



Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Frage, was unter den „**dem Unterhaltsschuldner tatsächlich zufließenden verfügbaren Mitteln**“ zu verstehen ist. Diese – inhaltlich eher diffuse – Wortfolge findet sich in zahlreichen höchstgerichtlichen Entscheidungen zur Unterhaltsbemessungsgrundlage.⁵ Im Vordergrund steht das Spannungsfeld zwischen dem Prinzip der Substanzerhaltung und der Frage, was aus einem Unternehmen abfließen kann, ohne die (auch den Unterhaltsberechtigten dienende) Einkunftsquelle in der Zukunft zu gefährden. Die Rsp zieht für die unterhaltsrechtliche Beurteilung unternehmerischer Entscheidungen immer wieder **Maßstabsfiguren** heran („Wie hätte ein vernünftiger Unternehmer und Elternteil in der damaligen Situation agiert?“)

II. Überblick über die Rsp zur Unterhaltsbemessungsgrundlage Selbständiger

A. Grundsätzliches

Wie bereits unter Pkt I. erwähnt, zieht die langjährige höchstgerichtliche Rsp für die Bemessung des Geldunterhaltsanspruchs von Ehegatten, Ex-Ehegatten und Kindern vor allem die **Prozentsatzmethode** heran: Die unterhaltspflichtige Person hat einen bestimmten Prozentsatz der Unterhaltsbemessungsgrundlage als Geldunterhalt zu leisten. Die Prozentsatzmethode hat den praktischen **Vorteil einer relativ starken Pauschalierung und Vereinfachung** und nimmt in der Konsequenz wenig Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalls, vor allem auf den Bedarf der unterhaltsberechtigten Person. Die **Bemessungsgrundlage selbst** wird ebenfalls **zumeist in einer standardisierten Weise ermittelt**. Mit einer stärkeren Bezugnahme auf die individuelle Situation der Beteiligten kann zwar höhere „Einzelfallgerechtigkeit“ erreicht werden; das Unterhaltsbemessungsverfahren wird allerdings komplexer und aufwändiger. Man sieht: Wie immer man es macht, es gibt Vor- und Nachteile, die die Rsp abwägen muss. Vereinfacht gesagt: „Soll schnell gegeben werden?“ Oder: „Soll besser individuell zugeschnitten gegeben werden?“

B. Das „tatsächliche (Netto-)Einkommen“ des selbständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldners

Die **Unterhaltsbemessungsgrundlage** ist bei einem Unterhaltsschuldner, der selbständig erwerbstätig ist, nach der Rsp „der tatsächlich verbleibende Reingewinn, wie er sich aus den realen Einnahmen unter Abzug realer Betriebsausgaben sowie der Zahlungspflicht für einkommens- und betriebsgebundene Steuern und öffentliche Abgaben ergibt“,⁶ „somit die **Summe der dem Unterhaltsschuldner tatsächlich zufließenden verfügbaren Mitteln**“.⁷ Dabei werden „die Werte, die der Einkommensteuer zugrunde gelegt werden, [...] für sich allein für die Unterhaltsbemessungsgrundlage“ als nicht maßgebend angesehen.⁸ Vielmehr ist „die

Steuerbemessungsgrundlage [...] nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu korrigieren“.⁹ Steuerbegünstigungen, denen „keine effektive Einkommensminderung oder effektive Ausgabe“ gegenübersteht, sind aus der Bemessungsgrundlage nicht auszuschneiden.¹⁰ Umgekehrt sind vom EStG als Einkommen qualifizierte Einkünfte, die dem Unterhaltspflichtigen nicht effektiv zur Verfügung stehen, wie zB Sanierungsgewinne iSd § 36 EStG, nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen.¹¹ Eine „Korrektur“ der Einkommensteuer im Sinne einer fiktiven Neuberechnung findet aber nicht statt; berücksichtigt wird die konkret für das jeweilige Jahr zu entrichtende Einkommensteuer.¹²

C. Privatentnahmen

Bis in die 1990er-Jahre zog der OGH **undifferenziert Privatentnahmen als Unterhaltsbemessungsgrundlage** heran, wenn diese in einem Wirtschaftsjahr höher als der Gewinn waren: „Tätigt der Unterhaltspflichtige höhere Privatentnahmen, als dem Reingewinn entspricht, so greift er insofern den Stamm seines Vermögens an. Sieht sich der Unterhaltspflichtige zu einer solchen Vorgangsweise zur Befriedigung eigener Bedürfnisse veranlasst, so liegt eben darin eine Gestaltung der Lebensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen, an denen die angemessenen Bedürfnisse des Kindes zu messen sind.“¹³ „Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Unterhaltsschuldner die den Reingewinn des Unternehmens übersteigenden Privatentnahmen aus Reserven oder Rückstellungen finanziert oder durch eine Erhöhung seiner Bankschulden.“¹⁴

Diese Rsp-Linie hat der OGH in der Folge stärker ausdifferenziert. So **lehnt er nun einen Switch zwischen Gewinn und Privatentnahmen**, je nachdem, welcher Wert höher ist, **ab**: Rückschlüsse erlaubt nur eine Zusammenschau von (zumindest) drei Wirtschaftsjahren.¹⁵ Außerdem bilden nach der jüngeren Rsp des OGH¹⁶ die Privatentnahmen dann nicht die Unterhaltsbemessungsgrundlage, „wenn die Erhöhung der liquiden Mittel für die Bestreitung des Lebensbedarfs durch das Eingehen von Schulden finanziert wird“.¹⁷

D. Der Anspannungsgrundsatz bei selbständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldnern

Ist schon die Frage, ob ein unselbständig erwerbstätiger Unterhaltsschuldner tatsächlich Einkünfte „nach seinen Kräften“ erzielt, nicht immer einfach zu beantworten,¹⁸ wird es bei selbständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldnern noch schwieriger: Muss im Rahmen der Unterhaltsbemessung

⁵ S etwa RIS-Justiz RS0013386.

⁶ ZB OGH 13. 10. 2010, 3 Ob 134/10t, ecolex 2011/99, 238 = EvBl 2011/33, 224 = iFamZ 2011/3, 13 = Zak 2010/757, 434.

⁷ RIS-Justiz RS0013386 [T2], RS0003799.

⁸ ZB OGH 27. 11. 2014, 2 Ob 193/14t, EF-Z 2015/71, 129 (Gitschthaler) = iFamZ 2015/44, 64 = Zak 2015/191, 113.

⁹ RIS-Justiz RS0047423 (T1).

¹⁰ ZB OGH 29. 4. 2003, 1 Ob 65/03w, ÖA 2004, 267/U 415.

¹¹ ZB OGH 21. 3. 2006, 5 Ob 254/05x, EF-Z 2006/70, 124 = FamZ 2006/28, 62 = ÖA 2006, 267/U 495 = Zak 2006/321, 194.

¹² OGH 26. 3. 2019, 10 Ob 11/19v, iFamZ 2019/92, 164.

¹³ RIS-Justiz RS0047382 (T2); ähnlich RIS-Justiz RS0011596.

¹⁴ RIS-Justiz RS0047382 (T3).

¹⁵ OGH 13. 4. 1999, 5 Ob 38/99w; 26. 4. 2001, 2 Ob 91/01y; RIS-Justiz RS0047382 (T6).

¹⁶ Anders noch etwa OGH 11. 3. 1999, 6 Ob 119/98p; RIS-Justiz RS0047382 (T3).

¹⁷ OGH 29. 9. 2011, 2 Ob 115/11t, EF-Z 2012/44, 76 (Gitschthaler) = iFamZ 2012/5, 18 = Zak 2011/812, 432; 18. 2. 2015, 3 Ob 16/15x, Zak 2015/305, 172; RIS-Justiz RS0047382 (T20), RS0127422.

¹⁸ Die Rsp verlangt Vorwerfbarkeit des Verhaltens des Unterhaltsschuldners, zumindest in Form einer (auch leicht fahrlässigen) Herbeiführung des Einkommensmangels durch Außerachtlassung pflichtgemäßer zumutbarer Einkommensbemühungen (RIS-Justiz RS0047495 [T24] und [T31]).



nachvollzogen werden, ob der Unterhaltsschuldner – *ex ante* betrachtet¹⁹ – stets die „richtigen“ unternehmerischen Entscheidungen getroffen hat? Kann ein Unterhaltsschuldner auf Gewinnausschüttungen angespannt werden, die es tatsächlich nicht gegeben hat bzw betriebswirtschaftlich sinnvoll nicht geben kann?

Zu 3 Ob 96/15m²⁰ hat der OGH ausgesprochen, dass ein Unterhaltspflichtiger, der sein Vermögen ertraglos angelegt hat, auf eine erfolgsversprechende Anlageform angespannt werden kann und daher unterhaltsrechtlich so zu behandeln ist, als hätte er sein Kapital „unter Abwägung von Ertrag und Risiko“ möglichst erfolgsversprechend angelegt (RIS-Justiz RS0047643 [T4 und T5]). Die Begründung des Urteils wirft die knifflige Frage auf, **wie riskant ein selbständig Erwerbstätiger agieren darf oder muss, um dem Anspannungsgrundsatz zu entsprechen**. Beantwortbar soll die Frage nicht erst nach Jahren durch ein Gericht in Unterhaltssachen sein, sondern bereits im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung.

In 3 Ob 96/15m hätte der OGH auch zur **Frage der Gewinnausschüttung** Stellung nehmen können:²¹ Der Anspannungsgrundsatz gebietet dem Unterhaltsschuldner, seine Einflussmöglichkeiten (und seien sie faktischer Natur) zur Realisierung von Zuwendungen auszuschöpfen (in concreto ging es um Zuwendungen aus einer Privatstiftung). Die Rsp stellt bei einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft darauf ab, ob es realistisch ist, einen Ausschüttungsbeschluss zu erwirken.²²

E. Heranziehung von Maßstabsfiguren („Fremdvergleich“)

Wirtschaftliche Entscheidungen des Unterhaltsschuldners beeinflussen augenscheinlich die Unterhaltsbemessungsgrundlage: Investiert er, bindet er Mittel im Unternehmen. Um beurteilen zu können, ob die Maßnahme wirtschaftlich gerechtfertigt ist oder hauptsächlich dazu dient, die Unterhaltsbemessungsgrundlage zu reduzieren (etwa bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit eines Kindes), zieht die Rsp regelmäßig **Maßstabsfiguren** heran, namentlich einen „**plichtbewussten Elternteil in der Lage des Unterhaltspflichtigen**“. So sehen mehrere Entscheidungen für die Anerkennung einer Ausgabe als (unterhaltsrechtlich relevante) Abzugspost „die Marktlage sowie eine realistische Zukunftsprognose und die Frage nach Einhaltung des Maßstabs eines plichtbewussten Elternteils in der Lage des Unterhaltspflichtigen“ als maßgebend an.²³ In diesem Sinn wird man von einer **Bandbreite** ausgehen können, **in der sich der „redliche Unternehmer“ bewegt**: Innerhalb dieses Rahmens muss er bei seinen unternehmerischen Entscheidungen auf die Interessen der Unterhaltsberechtigten Rücksicht nehmen.

¹⁹ Vgl RIS-Justiz RS0047495 (T9) und (T12).

²⁰ OGH 15. 7. 2015, 3 Ob 96/15m, EF-Z 2016/120, 256 (Dummer) = iFamZ 2015/190, 227 (Deixler-Hübner) = PSR 2015/34, 124 (Burger-Scheidlin) = Zak 2015/527, S 294.

²¹ S Dummer, EAnm zu 3 Ob 96/15m, EF-Z 2016/120, 256 (258).

²² OGH 20. 2. 2019, 3 Ob 9/19y; EF-Z 2019/123, 225 = iFamZ 2019/123, 187 (Deixler-Hübner) = Zak 2019/193, 112 (25%-GmbH-Gesellschafter).

²³ OGH 30. 7. 2013, 8 Ob 63/13t, iFamZ 2013/207, 282 = Zak 2013/605, 334; 17. 9. 2015, 1 Ob 180/15z, iFamZ 2015/202, 279 = Zak 2015/684, 395; RIS-Justiz RS0047421, RS0047590.

III. Der Blickwinkel des Buchsachverständigen

A. Grundsätzliches

Entscheidend ist in erster Linie, was ein maßstabsgerecht handelnder Elternteil, der zugleich redlicher Unternehmer ist, aus der Unternehmung für die Familie abfließen lassen kann.²⁴ Ein **Abfluss** kann aufgrund unterschiedlicher Rechtstitel geschehen:

- **Einzelunternehmen:** Privatentnahme und/oder Gewinn;
- **Personengesellschaft:** Privatentnahme und/oder Gewinn;
- **Kapitalgesellschaft:** Ausschüttung, Gehalt, Honorar.

Bei Kapitalgesellschaften ist zu beobachten, dass oft auch Mittel ohne Titel über das Verrechnungskonto des Gesellschafters abfließen.

Für das hier behandelte Thema ist ausschlaggebend:

- Wie viel Geld fließt aus der Unternehmung ab?
- Kann in der konkreten Situation, betriebswirtschaftlich betrachtet, überhaupt Geld abfließen – unter Sicherung der Einkunftsquelle (unterhaltsrechtlicher Begriff) bzw unter Beachtung der Substanzerhaltung (betriebswirtschaftlicher Begriff).

In 6 Ob 116/00b hat der OGH die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des selbständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldners wie folgt definiert: „Die für die Ausmittlung des konkreten Unterhaltsbedarfs zu bestimmende **Leistungsfähigkeit** des Unterhaltspflichtigen ist danach zu messen, wie ein **plichtbewusster Familienvater** in der **konkreten Lage** des Unterhaltspflichtigen die diesem zur Erzielung von Einkommen **zur Verfügung stehenden Mittel** an **Arbeitskraft** und **Vermögen vernünftiger Weise einsetzen würde**.“²⁵

Die im Urteil angeführten Begriffe stellen grundsätzlich auch **betriebswirtschaftliche Parameter** dar:

- **Leistungsfähigkeit:** Der Begriff betrifft vor allem die aktuelle Fähigkeit des Unternehmers, Mittel zu erwirtschaften, weist aber auch in die Zukunft: Die Sicherung der Einkunftsquelle findet ebenfalls Eingang in den Begriff.
- **Plichtbewusster Familienvater:** Damit nimmt der OGH auf eine Maßstabsfigur Bezug.
- **Konkrete Lage:** Auch dieser Begriff deutet primär auf die aktuelle Situation – mit einem Blick in die Zukunft. Die „Lage“ ist nicht nur wirtschaftlich zu sehen, sondern auch rechtlich: Welche Beschränkungen, welche Möglichkeiten ergeben sich aus einer bestimmten rechtlichen Position? So kann die rechtliche Position des Unterhaltsschuldners durch gesellschaftsrechtliche Verträge mit Dritten beschränkt sein.
- **Zur Verfügung stehende Mittel:** Es wäre zu kurz gedacht, würden in die Beurteilung des Entnahmepotenzials nur die aktuell zur Verfügung stehenden Mittel einbezogen. Die Mittel müssen auch für die Zukunft reichen. Die Maßstabsfigur eines vernünftigen Unternehmers würde nicht alles sofort verbrauchen, sondern sich Reserven zurückbehalten, um die Einkunftsquelle zu si-

²⁴ Vgl OGH 28. 6. 2000, 6 Ob 116/00b.

²⁵ OGH 28. 6. 2000, 6 Ob 116/00b (Hervorhebungen durch die Verfasser).



chern. Das notwendige Eigenkapital stellt die Untergrenze (Risikoreserve) dar. Im (zeitlich) kurzfristigen Bereich ist ein positives Working Capital²⁶ für die Bedienung der kurzfristigen finanziellen Verpflichtungen notwendig. In die Zukunftsbetrachtung müssen auch die Finanzmittelüberschüsse, die aus der betrieblichen Tätigkeit generiert werden (Cashflow) einbezogen werden. Zudem muss berücksichtigt werden, wenn keine Finanzmittelüberschüsse erreicht werden können, also mit Abflüssen zu rechnen ist (negativer Cashflow).

- **Arbeitskraft:** Dieser Begriff wird wohl vor allem auf unselbständig erwerbstätige Personen angewendet werden können, kann aber auch bei unternehmerbezogenen Klein- und Mittelunternehmen herangezogen werden. Die Arbeitskraft ist Teil der Leistungsfähigkeit.
- **Vermögen:** Hier überschneiden sich die Begrifflichkeiten. Auf den Betrieb bezogen ist mit Vermögen das (Rein-)Vermögen (Vermögen – Schulden = Eigenkapital) gemeint. Das ist betriebswirtschaftlich nichts anderes als die zur Verfügung stehenden Mittel (s oben). Eine Bezugnahme allein auf das Vermögen im Wortsinn – ohne Rücksicht auf die Schulden und das Eigenkapital, die Fristigkeiten von Vermögensgütern (und Schulden) und die Leistungsfähigkeit in der Zukunft (Cashflow) – wäre betriebswirtschaftlich zu wenig und würde nicht dem Handeln der Maßstabsfigur des Unternehmers entsprechen.
- **In vernünftiger Weise einsetzen:** Auch hier schafft der OGH eine Querverbindung zu einer Maßstabsfigur. Die Forderung nach „in vernünftiger Weise einsetzen“ ist aus rechtlicher wie auch betriebswirtschaftlicher Sicht das zentrale Kriterium, in das die ganze Vielfalt und Komplexität der Wirtschaft hineinspielt: Für den Unternehmer gibt es nicht nur eine Entscheidungsmöglichkeit. Das Vorhandensein einer Palette von Entscheidungsmöglichkeiten ist auch bei der Heranziehung einer Maßstabsfigur zu beachten. Hinzu kommt, dass die Maßstabsfigur selbst gespalten ist: Sie ist Elternteil und gleichzeitig Unternehmer. Diese beiden Teilfiguren müssen in einem Entscheidungsprozess einen vernünftigen Mittelweg finden. Schlussendlich wird es darauf ankommen, ob der eingeschlagene Weg unter Berücksichtigung der speziellen Situation der Familie und des Unternehmens vernünftig erscheint und zu plausibilisieren ist – zB bei einer Investitionsentscheidung.

B. Zur Beurteilung von Investitionsentscheidungen anhand von Maßstabsfiguren

Ob Mittel aus der Unternehmung abfließen können, wird zentral durch wirtschaftliche Entscheidungen beeinflusst: Investitionsentscheidungen binden Mittel im Unternehmen. Kann auf diese Weise auch die Unterhaltsbemessungsgrundlage beeinflusst werden? Hier besteht ein Spannungsfeld zwischen wirtschaftlich an sich sinnhaften Maßnahmen und den Verpflichtungen als Unterhaltsschuldner. Für seine

Abwägung hat der OGH in 1 Ob 180/15z die beiden genannten Teilmaßstabsfiguren zu einer verschmolzen: den vernünftig handelnden Unternehmer und den pflichtbewussten Elternteil: „Investitionen zur Schaffung einer zusätzlichen Erwerbsmöglichkeit können unter bestimmten Voraussetzungen als Abzugspost von der Unterhaltsbemessungsgrundlage anerkannt werden. Maßgebend sind die **Marktlage** sowie eine **realistische Zukunftsprognose** und die Frage nach **Einhaltung des Maßstabs eines pflichtbewussten Elternteils** in der Lage des Unterhaltspflichtigen.“²⁷

Hervorzuheben sind

- der **Blick in die Zukunft** und
- das Heranziehen einer **Maßstabsfigur**.

Eine ähnliche Maßstabsfigur wie in 6 Ob 116/00b²⁸ hat der OGH auch in 1 Ob 2/02d herangezogen: „Ganz allgemein ist die im Sinne des Anspannungsgrundsatzes zu bestimmende **Leistungsfähigkeit** des Unterhaltspflichtigen danach zu bemessen, wie ein **pflichtbewusster Familienvater** in der konkreten Lage des Unterhaltspflichtigen die ihm zur Erzielung von Einkommen **zur Verfügung stehenden Mittel an Arbeitskraft und Vermögen** vernünftigerweise einsetzen würde.“²⁹

In 1 Ob 2/02d wird die oben unter Pkt III.A. getroffene Aussage bestätigt, dass es für die Unterhaltsbemessungsgrundlage – unabhängig vom Rechtstitel des Abflusses – darauf ankommt, was ein maßstabsgerecht handelnder Elternteil aus der Unternehmung für die Familie abfließen lassen kann und was er in der Unternehmung belassen sollte, um die Einkunftsquelle (für sich und die unterhaltsberechtigten Personen) zu sichern (Substanzerhaltung).

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist daraus für das Unterhaltsrecht der Grundsatz abzuleiten, dass ein unterhaltspflichtiger Unternehmer aus seiner Einkunftsquelle laufend gerade so viel entnimmt, wie es aus betriebswirtschaftlicher Sicht unter **Schonung der Substanz** dieser Einkunftsquelle möglich ist: Auf der einen Seite nicht weniger, weil er sonst die Unterhaltsansprüche des Unterhaltsberechtigten unzulässig mindert, auf der anderen Seite nicht mehr, weil er sonst den Bestand seiner Einkunftsquelle gefährdet (Missachtung des Grundsatzes der Substanzerhaltung). Der gänzliche Wegfall einer Einkunftsquelle würde den Unterhaltsberechtigten letztlich noch schlechter stellen als eine ungerechtfertigte Minderung seiner Ansprüche).

C. Zu Privatentnahmen

Umfangreichere Aussagen zur Relevanz von Privatentnahmen für die Unterhaltsbemessungsgrundlage enthält 2 Ob 115/11t,³⁰ worauf auch 3 Ob 16/15x³¹ verweist. Gliedert man die Urteilsaussagen auf, ergeben sich aus Sicht des Buchsachverständigen folgende Aspekte:

- „Nach neuerer Rechtsprechung stellen Privatentnahmen eines selbständig Erwerbstätigen aus seinem Unter-

²⁶ Working Capital: kurzfristig realisierbare Mittel abzüglich der kurzfristig zu erfüllenden Verpflichtungen.

²⁷ OGH 17. 9. 2015, 1 Ob 180/15z, iFamZ 2015/202, 279 = Zak 2015/684, 395 (Hervorhebungen durch die Verfasser).

²⁸ OGH 28. 6. 2000, 6 Ob 116/00b.

²⁹ OGH 29. 1. 2002, 1 Ob 2/02d (Hervorhebungen durch die Verfasser).

³⁰ OGH 29. 9. 2011, 2 Ob 115/11t, EF-Z 2012/44, 76 (Gitschthaler) = iFamZ 2012/5, 18 = Zak 2011/812, 432.

³¹ OGH 18. 2. 2015, 3 Ob 16/15x, Zak 2015/305, 172 (Hervorhebungen in der Folge durch die Verfasser).



nehmen, die durch eine Erhöhung der Bankverbindlichkeiten des Unternehmens finanziert werden, zwar **nur solange einen Eingriff in die Vermögenssubstanz des Unternehmens** dar, **als der Erhöhung der Bankverbindlichkeiten ein Vermögen gegenübersteht**.“ Diese Begründung ist betriebswirtschaftlich unlogisch, weil sich durch die Aufnahme von Kredit, wenn damit die Anschaffung von Vermögen finanziert wird, zwar das Vermögen erhöht, nicht aber das Eigenkapital (dieses bleibt gleich). Dem vom OGH erzielten Ergebnis, dass kreditfinanzierte Privatentnahmen nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen sind, ist jedoch zu folgen.

- Ähnlich: „Ist dies nicht (mehr) der Fall, ist die Situation gleich wie jene eines (vermögenslosen) **unselbständig Erwerbstätigen**, der seinen **Lebensunterhalt durch Überziehung seines Girokontos oder Aufnahme eines Privatkredits finanziert**.“ Wirtschaftlich ist davon auszugehen, dass nur so viel durch Banken finanziert wird, wie auch zurückgezahlt werden kann. Sowohl einem Angestellten, bei dem der monatliche Zufluss (in Form des Gehalts) leicht feststellbar ist, als auch einem Unternehmer, bei dem sich die Finanziers ebenfalls ein Bild über die Rückzahlungsfähigkeit machen, wird nur dann Kredit gewährt, wenn die Rückzahlbarkeit gewährleistet ist oder plausibel erscheint.

In 2 Ob 115/11t führt der OGH zum Verhältnis von Privatentnahmen und Kreditaufnahme aus: „Aus dem Gedanken des Eingriffs in die Vermögenssubstanz und der Flüssigmachung dieses Vermögens für den Lebensbedarf folgt weiters, dass eine Hinzurechnung zur Unterhaltsbemessungsgrundlage grundsätzlich nur dann erfolgen kann, **wenn tatsächlich Vermögen vorhanden ist**, das ‚flüssig‘ gemacht werden kann, **nicht aber dann, wenn die Erhöhung der liquiden Mittel für die Bestreitung des Lebensbedarfs durch das Eingehen von Schulden finanziert wird**.“³²

Die betriebswirtschaftliche Sicht soll in der Folge anhand eines Beispiels dargestellt werden, in dem es um die Unterhaltsbemessung für zukünftige Zeiträume geht. Entsprechend der stRsp wird die Unterhaltsbemessungsgrundlage anhand der Ergebnisse der letzten drei abgeschlossenen Wirtschaftsjahre ermittelt.

	2017	2018	2019	Durchschnitt
Reingewinn vor ESt	70.000 €	70.000 €	70.000 €	70.000 €
Privatentnahmen vor ESt	70.000 €	70.000 €	100.000 €	80.000 €

In den Jahren 2017 und 2018 hat der Unterhaltspflichtige genau so viel aus seinem Unternehmen entnommen, wie er in diesen Jahren erwirtschaftet hat (jeweils 70.000 €). Im Jahr 2019 hat er jedoch mit 100.000 € wesentlich mehr als den Reingewinn – also überschüssig – entnommen. Wurden die Mittel für diese überschüssigen Entnahmen im Jahr 2019 nicht in den Vorjahren aus dem Unternehmen heraus

erwirtschaftet, können sie realistischer Weise nur kreditfinanziert sein.

Nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen kann ein Unternehmer **nicht dauerhaft** (über mehrere Jahre hinweg) **überschießende Entnahmen mittels eines Kredites finanzieren**, weil er damit ua seine Einkunftsquelle gefährden würde. Praktisch betrachtet kann ein Unternehmer seine überschüssigen Privatentnahmen gar nicht kreditfinanzieren, weil er auf längere Sicht (über mehrere Jahre hinweg) nur in dem Ausmaß, das seiner Verdienstmöglichkeit entspricht, Kredite bekommt.

Eine Projektion des höheren Durchschnitts der Privatentnahmen als in der Zukunft unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen ist insofern verzerrend, als die kreditfinanzierte überschüssige Privatentnahme des Jahres 2019 aus betriebswirtschaftlicher Sicht als Einmaleffekt zu sehen ist und nicht in die Zukunft übertragen werden kann. In diesem besonderen Fall wäre es daher aus betriebswirtschaftlicher Sicht angemessen, für die Unterhaltsbemessung zukünftiger Zeiträume (ab 2020) stattdessen nur den **Durchschnitt der Reingewinne** heranzuziehen (sofern diese plausibilisierbar sind).³³

D. Fremdvergleich

Das Unterhaltsrecht muss die Interessen des Unterhaltsschuldners und des Unterhaltsberechtigten zu einem Ausgleich bringen. Die konkrete Umsetzung dieser schwierigen Aufgabe obliegt den Gerichten. Bei selbständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldnern gestaltet sich die Lösung angesichts der zahlreichen Parameter, die in die gerichtliche Entscheidung einfließen müssen, besonders diffizil.

Vernünftiges unternehmerisches Handeln und auch **vernünftiges Handeln im Sinne familiärer Pflichten** kann immer nur **im gegebenen Umfeld und unter Berücksichtigung der Zukunft** beurteilt werden. Die Heranziehung des Verhaltens einer Maßstabsfigur zum Abgleich ist ein unabdingbares Hilfsmittel zur Plausibilisierung. Das fiktive Verhalten der Maßstabsfigur wird aus einem Vergleich mit vernünftig handelnden Personen in der Lage des Unterhaltspflichtigen gewonnen, also aus dem **Blickwinkel fremdüblichen Verhaltens** betrachtet. Ein solcher Fremdvergleich ist in anderen Rechtsgebieten, zB im Abgabenrecht und im Gesellschaftsrecht, längst etabliert.

Ein **Verhalten innerhalb einer vertraglichen Beziehung** (zB einem Gesellschaftsverhältnis) wird wirtschaftlich **mit Fällen verglichen, in denen diese Vertragsbeziehung fehlt**. Auf diese Weise kann beurteilt werden, ob die vertragliche Verbindung Einfluss auf das Verhalten der Beteiligten hatte oder nicht. Umgelegt auf das Unterhaltsrecht geht es darum herauszufinden, ob es für ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten einen vernünftigen Grund gibt, der nicht allein darin liegt, aktuelle Unterhaltspflichten zu verringern. Verbleibt als einziger Vorteil eines Verhaltens das Ersparen von Unterhaltszahlungen, kann dieses Verhalten dem Fremdvergleich nicht standhalten.

³² Hervorhebungen durch die Verfasser.

³³ Vgl OGH 18. 2. 2015, 3 Ob 16/15x, Zak 2015/305, 172.



Der **Fremdvergleich** kann in zahlreichen unterhaltsrechtlich relevanten Fallkonstellationen – zB Privatentnahmen, Anspannungsgrundsatz, Investitionsentscheidungen, gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen – **als Beurteilungsgrundlage** herangezogen werden. In der Unterhaltsrechtssprechung ist dieser **in formelhaft bezeichneten Maßstabsfiguren** wie dem „pflichtbewussten rechtsgetreuen Eltern-**teil** in der konkreten Lage des Unterhaltspflichtigen“³⁴ **angelegt**. Diese können durch einen tatsächlichen Fremdvergleich eine rationalere Kontur erhalten. Auf diese Weise kann auch der Vorwurf entkräftet werden, eine Maßstabsfigur diene nur dazu, elegant subjektive Eigenwertungen des Entscheidungsorgans einfließen zu lassen.

³⁴ OGH 15. 5. 2008, 7 Ob 97/08b, EF-Z 2008/109, 185 = iFamZ 2008/116, 249 = Zak 2008/461, 272.

IV. Ergebnis

Werden gesamte Entscheidungen und nicht bloß – mehr oder minder zusammenhanglos – einzelne Rechtssätze analysiert, so erweist sich die Rsp zur Unterhaltsbemessungsgrundlage selbständiger Unterhaltsschuldner in der Gesamtbetrachtung als durchaus schlüssig.

Betriebswirtschaftlich kommt es bei der Beurteilung des Entnahmepotenzials (Teilhabe der Familie) immer auf die **Sicherung der Einkunftsquelle und Substanzerhaltung mit Blick in die Zukunft** an. Dies sieht – wie oben dargestellt und mit anderen Worten – auch der OGH so. Die Heranziehung von Maßstabsfiguren durch die Rsp würde mehr Kontur und Überzeugungskraft erlangen, würde sie auf Tatsachenebene mit einem Fremdvergleich unterlegt.

RECHTSPRECHUNG Kindesunterhalt und UVG

Matthias Neumayr

§ 231 ABGB

iFamZ 2020/186

Staatliche Wohnversorgung

OGH 18. 8. 2020, 3 Ob 109/20f

Eine dem Unterhaltsschuldner in Katar vom Staat kostenfrei zur Verfügung gestellte Wohnmöglichkeit erhöht die Unterhaltsbemessungsgrundlage in Form der Anrechnung eines fiktiven Mietzinses, den der Unterhaltsschuldner auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine seinem Lebensstandard entsprechende angemessene Wohnung zahlen müsste. Die Behauptungs- und Beweislast für eine geminderte Leistungsfähigkeit infolge eines hohen Lebenskostenniveaus in seinem Aufenthaltsstaat trifft den Unterhaltspflichtigen.

(...) 3. Nach der Rsp fallen auch nicht unmittelbar aus einer Erwerbstätigkeit stammende öffentlich-rechtliche Leistungen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage (RIS-Justiz RS0047456), soweit sie nicht für einen bestimmten Mehrbedarf (Sonderbedarf) des Unterhaltspflichtigen gewidmet sind (RIS-Justiz RS0080395). (...)

3.3. Diese Judikatur bezieht sich zwar auf staatliche Geldleistungen. Nichts anderes kann aber für Sachleistungen gelten, weil diese ebenso wie ein Geldeinkommen in die Bemessungsgrundlage fallen (RIS-Justiz RS0109238). Die dem Vater vom Staat Katar zur Verfügung gestellte Wohnmöglichkeit stellt eine solche staatliche Sachleistung dar. (...)

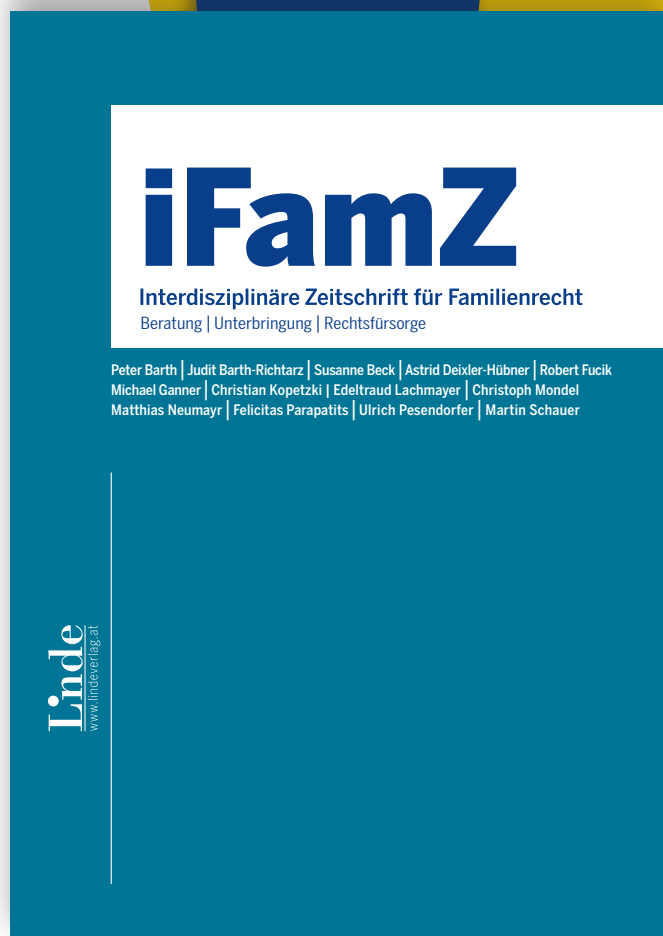
3.5. Daraus ist abzuleiten, dass sich der Vater die kostenfrei zur Verfügung gestellte Wohnmöglichkeit grundsätzlich anrechnen lassen muss. Dies geschieht im Allgemeinen durch die Anrechnung eines fiktiven Mietzinses, den der Unterhaltsschuldner für die zur Verfügung gestellte Wohnung zu zahlen hat (vgl *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴, Rz 306/2).

Hat er keinen Einfluss darauf, welche Wohnung ihm zur Verfügung gestellt wird oder überhaupt zur Verfügung steht, ist es angebracht, diesen Umständen bei der Bemessung des Kindesunterhalts dadurch Rechnung zu tragen, dass als Wert der kostenlos zur Verfügung gestellten Wohnungsmöglichkeit der fiktive Mietzins herangezogen wird, den er auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine seinem Lebensstandard entsprechende angemessene kleinere Wohnung zahlen müsste (vgl 10 Ob 4/07x, iFamZ 2007/89, 186). Der Umstand, dass mit der Aufnahme weiterer Personen in den Haushalt des Vaters die Zuweisung einer größeren Dienstwohnung verbunden ist, kann den Kindern aber nicht entgegengehalten werden. Sofern der Vater für diese Personen sorgepflichtig ist, kommt es ohnedies zu einer Reduktion des Prozentunterhalts der Kinder.

4.1. Bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs im Ausland lebender Kinder eines im Inland wohnenden Elternteils entspricht es der gefestigten Rsp, dass die Unterhaltsbeiträge einerseits in einem angemessenen Verhältnis zu den durchschnittlichen Lebensverhältnissen und zur Kaufkraft in ihrem Heimatland stehen, andererseits die Kinder am Lebensstandard des in Österreich lebenden Verpflichteten teilnehmen sollen. Es ist in diesen Fällen ein „Mischunterhalt“ zu bilden, der sich nach den Bedürfnissen der Unterhaltsberechtigten und dem verbesserten Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen richtet (RIS-Justiz RS0111899). Nichts anderes kann umgekehrt gelten, wenn die Kinder in Österreich leben und es das Wohnsitzland des Unterhaltspflichtigen ist, in dem ein höheres Einkommens- und Preisniveau herrscht (8 Ob 30/16v, iFamZ 2017/142, 309). Ebenso muss aber auch auf den Umstand Rücksicht genommen werden, dass im Aufenthaltsstaat des Unterhaltspflichtigen ein niedrigeres Einkommens- und Preisniveau besteht (10 Ob 26/18y, iFamZ 2018/117, 206); auch hier wird die Bildung eines den beiderseitigen Verhältnissen adäquaten „Mischunterhalts“ dann erforderlich sein, wenn die nach der österreichischen Rsp angewendete „Prozentmethode“ aufgrund der besonderen Verhältnisse im Einzelfall unbillig wäre.

4.2. Auch wenn sich hier wegen eines (allfälligen) unterschiedlichen Einkommens- und Preisniveaus zwischen Österreich und Katar die Frage des „Mischunterhalts“ stellen sollte, berührt dies nicht die Berücksichtigung der Wohnkostensparnis dem Grunde nach. Zutreffend machen die Kinder geltend, dass in einem ersten Schritt die Unterhaltsbemessungsgrundlage entsprechend der Leistungsfähigkeit nach dem im Ausland erzielten Einkommen des Vaters festzustellen ist, während erst in einem zweiten Schritt die Problematik des Mischunterhalts allenfalls zu prüfen sein wird, der bei höheren Lebenserhaltungskosten zu einem Abschlag von der Unterhaltsbemessungsgrundlage führen kann.

4.3. Der Berücksichtigung der Wohnmöglichkeit dem Grunde nach kann auch nicht ein Verbot des „Rosinenpickens“ entgegengehalten werden. Ein höheres Preisniveau oder die mit dem Auslandsaufenthalt verbundenen Mehrkosten könnten wohl dazu führen, dass die wegen der Wohnkostensparnis erhöhte Unterhaltsbemessungsgrundlage letztendlich reduziert wird. Allein der Umstand, dass mit einer Tätigkeit im Ausland höhere Aufwendungen oder Entbehrungen verbunden sein könnten, führt aber nicht dazu, den Bezug von Sachleistungen deshalb pauschal aus-



Print? Digital? Kombi?
Ab 2021 in drei Dimensionen!

- Print
- Digital Light: 1 Zugang
- Digital Standard: 3 Zugänge
- Print & Digital: 3 Zugänge

Jetzt Jahresabo 2021 bestellen!

Bestellformular Ja, ich bestelle

iFamZ-Jahresabo 2021
(16. Jahrgang 2021, Heft 1-6)

Print EUR 132,-
Digital light..... EUR 136,-
Digital EUR 145,-
Print & Digital EUR 146,-

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

☐ Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag.at/datenschutz.

Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H
Scheydgasse 24, 1210 Wien
Handelsgericht Wien
FB-Nr: 102235X, ATU
14910701
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen:  lindeverlag.at  office@lindeverlag.at  01 24 630  01 24 630-23