

## **Gericht**

OGH

## **Entscheidungsdatum**

28.01.1997

## **Geschäftszahl**

1Ob2349/96i

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr.Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Zechner als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj. Michael G\*\*\*\*\*, geboren am 30.Juli 1986, infolge Revisionsrekurses des Minderjährigen, vertreten durch den Magistrat Villach als Unterhaltssachwalter, gegen den Beschluß des Landesgerichts Klagenfurt als Rekursgericht vom 22.August 1996, GZ 2 R 267/96h-45, womit der Beschluß des Bezirksgerichts Villach vom 30.Mai 1996, GZ 2 P 1768/95i-41, teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **Beschluß**

gefaßt:

## **Spruch**

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## **Text**

### **Begründung:**

Das Erstgericht erhöhte den vom unehelichen Vater des - durch seinen Unterhaltssachwalter vertretenen - Minderjährigen zu leistenden monatlichen Unterhalt antragsgemäß ab 1.April 1996 von 2.700 S auf 3.400 S. Bei Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage von insgesamt 30.648 S rechnete das Erstgericht dem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit des Vaters von 20.703 S dessen Einkommen aus der Vermietung von Privatzimmern als Summe aus dem steuerlichen Gewinn und den Abschreibungen, im Monatsdurchschnitt 9.945 S, hinzu. Der Vater schaffte 1995 an kurzlebigen Wirtschaftsgütern insgesamt fünf Anrichten für Gästezimmer, einen Wäschetrockner, einen Herd sowie ein Fax-Gerät im Gesamtwert von 56.595,02 S an.

Das Rekursgericht hob diesen Beschluß über Rekurs des Vaters, der die Unterhaltserhöhung auf 2.900 S monatlich unangefochten ließ und sich im übrigen gegen die Art der Berechnung seines Einkommens aus selbständiger Arbeit wendet, Bemessungsgrundlage von 22.000 S in Ansehung der Erhöhung um weitere 500 S monatlich auf und trug dem Erstgericht in diesem Umfang die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

In rechtlicher Hinsicht ließ sich die zweite Instanz von folgenden Erwägungen leiten: Als Unterhaltsbemessungsgrundlage diene in der Regel das nach spezifisch unterhaltsrechtlichen Gesichtspunkten ermittelte tatsächliche Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen. Maßgebend für das Einkommen selbständiger Erwerbstätiger sei nicht der steuerliche Reingewinn, sondern der tatsächlich verbleibende Gewinn, wie er sich aus den realen Einnahmen unter Abzug der realen Betriebsausgaben sowie abzüglich der Zahlungspflicht für einkommens- und betriebsgebundene Steuern und öffentliche Abgaben ergebe. Aufgrund der Überschußrechnung, die der Vater zum Beweis seines Einkommens aus Vermietung vorgelegt habe, ergebe sich als Differenz zwischen Betriebseinnahmen und -ausgaben ein steuerlicher Reingewinn von 23.761 S. Das Erstgericht habe zu diesem Betrag die Summe der Anlagenabschreibung von 95.583,52 S addiert und davon den zwölften Teil von 9.945 S als monatliches Einkommen des Vaters aus selbständiger Tätigkeit herangezogen. Im Betrag für Anlagenabschreibung seien folgende Abschreibungsbeträge enthalten: 11.093 S für „AfA Gebäude“;

37.776,02 S für „AfA Betriebsausstattung“ sowie 46.714,50 S für „Sofort-AfA geringwertige Wirtschaftsgüter“. Nur letztere AfA wolle der Vater nicht dazugerechnet, somit die Summe der genannten, 1995 getätigten Investitionen von 56.595,02 S abgerechnet wissen.

Der Oberste Gerichtshof sei in seiner Entscheidung 3 Ob 503/96 (veröffentlicht in *ecolex* 1996, 598 = *JB1* 1996, 601) zur Frage des Einflusses der laufenden Absetzung für Abnutzung (AfA) iSd § 7 EStG auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage zum Ergebnis gekommen, daß die AfA für langlebiges Anlagevermögen (Gebäude) nicht abzugsfähig sei, weil sie eine Erhöhung des Nettoeinkommens des Unterhaltsschuldners ermögliche, ohne daß dem durch die steuerliche Abschreibung erzielten „Einkommensplus“ effektive Ausgaben gegenüberstünden oder dieses den Zweck der Ansammlung von Mitteln für die Wiederbeschaffung eines wirtschaftlich abgenutzten Vermögenswerts hätte. Der Unterhaltsgläubiger habe keine Gewähr dafür, daß der Unterhaltsschuldner das durch die Gebäude-AfA im Verlauf vieler Jahre als Steuerbegünstigung lukrierte Zusatzeinkommen je für eine Ersatzbeschaffung aufwenden werde, um sich das Einkommen aus den (hier: vermieteten) Gebäuden im Interesse des Unterhaltsgläubigers zu erhalten. Hingegen seien wirtschaftlich sinnvolle, der Ersatzbeschaffung dienende tatsächliche Aufwendungen des Unterhaltsschuldners von der Bemessungsgrundlage absetzbar. Aufgrund solcher Investitionen komme es auch zu einer Sicherung der rechtlichen Interessen des Unterhaltsgläubigers. Einer Ersatzbeschaffung dienende tatsächliche Aufwendungen seien aber nicht zur Gänze im Jahr des Mittelabflusses abzuziehen, sondern auf die voraussichtliche wirtschaftliche Nutzungsdauer des finanzierten Vermögensguts aufzuteilen, weil dem Unterhaltsgläubiger sonst die Existenzgrundlage für einen bestimmten Zeitraum gänzlich entzogen werden könnte. Offen habe der Oberste Gerichtshof in dieser Entscheidung gelassen, ob dieses Ergebnis auch für die AfA kurzlebiger Wirtschaftsgüter sachgerecht wäre und ob Abzüge für in der Vergangenheit getätigte Aufwendungen in Anrechnung auf den noch nicht abgelaufenen Zeitraum der wirtschaftlichen Nutzungsdauer (hier: vermietete Superadifkate) von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abgezogen werden könnten. Bei den steuerlichen Abschreibungsbeträgen für kurzlebige Wirtschaftsgüter bestehe kein Anlaß, von der schon bisher vertretenen und vom Obersten Gerichtshof nun auch für den Bereich des langlebigen Anlagevermögens bestätigten Auffassung abzugehen, **wonach die AfA keinen Abzugsposten von der Unterhaltsbemessungsgrundlage darstelle**, weil ihr keine reale Ausgabe zugrundeliege. Tatsächliche Investitionen seien aber als einkommensmindernd zu berücksichtigen, wobei sich bei der Ersatzbeschaffung kurzlebiger Wirtschaftsgüter grundsätzlich keine Notwendigkeit zeige, die Ausgaben auf die wirtschaftlichen Nutzungsperioden der einzelnen angeschafften Güter aufzuteilen. Dagegen sprächen Praktikabilitätserwägungen, aber auch insbesondere der Umstand, daß sich Aufwendungen für kurzlebige Wirtschaftsgüter üblicherweise in ziemlich regelmäßigen Abständen wiederholten und daher im Normalfall kein Ausmaß erreichten, das dem Unterhaltsgläubiger die Existenzgrundlage gänzlich entziehen könnte. Freilich werde bei Beurteilung der Frage, ob Investitionen für kurzlebige Wirtschaftsgüter die Unterhaltsbemessungsgrundlage vermindern, nach unterhaltsrechtlichen Kriterien vorzugehen und daher jeweils zu prüfen sein, ob die Aufwendungen im konkreten Fall sachgerecht gewesen seien, also der Erhaltung der Einkommensquelle dienten und ob auch ein pflichtbewußter Unterhaltsschuldner die Investitionen im selben Ausmaß zum selben Zeitpunkt getätigt hätte. Hier lägen zur Frage, ob die Investitionen von 56.595,02 S iSd dargelegten Rechtslage sachgerecht wären, weder Beweisergebnisse noch Feststellungen vor. Es werde daher im fortgesetzten Verfahren zu klären sein, ob der Ankauf der genannten Güter (Ersatz-)Beschaffungen zur Erhaltung der Einkommensquelle gewesen seien. Weiters werde aufzuklären sein, was „Sofort-AfA geringwertige Wirtschaftsgüter“ bedeute; der Vater wolle den hierfür in seiner Überschußrechnung angesetzten Betrag von 46.714,50 S von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abgezogen haben. Er werde darzulegen haben, ob und inwiefern diesem Betrag ein realer Aufwand zugrundeliege, der nicht schon als sonstige Ausgabe in der Überschußrechnung berücksichtigt sei. Wenn es sich nicht um eine tatsächliche Betriebsausgabe handelt, wäre der Betrag von 46.714,50 S, dem allgemeinen Grundsatz folgend, daß die AfA bei Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage unberücksichtigt zu bleiben habe, zum ausgewiesenen Überschuß (wie die AfA für Gebäude und Betriebsausstattung) hinzuzurechnen.

## Rechtliche Beurteilung

Der - von der zweiten Instanz zugelassene (§ 14 Abs 4 AußStrG) - ordentliche Revisionsrekurs des durch seinen Unterhaltssachwalter vertretenen Minderjährigen ist nicht zulässig.

Gemäß § 140 ABGB haben die Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes anteilig beizutragen. Bei der Unterhaltsbemessung kommt es vor allem auf die Bedürfnisse des Unterhaltsberechtigten an; es ist aber auch die konkrete Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen. Einen Anhaltspunkt dafür, nach welchen Kriterien der Beitrag der Eltern zu ermitteln ist, gibt das Gesetz durch Verknüpfung der Bedürfnisse des Kindes mit den Lebensverhältnissen der Eltern (EvBl 1995/129; EFSlg 73.864 f uva). Ein konkretes Berechnungssystem kann dem Gesetz, das die Bemessungskriterien nur durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschreibt, nicht entnommen werden. Es kann daher auch der Oberste Gerichtshof nur jene Umstände aufzeigen, auf die es im Einzelfall ankommt

(EvBl 1995/129; EFSlg 70.660 uva). In Unterhaltsachen ist demnach die Anrufung des Obersten Gerichtshofs vom Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage abhängig (EFSlg 73.538 ua; *Purtscheller/Salzmann*, Unterhaltsbemessung, Rz 3 mwN).

Im Zivilprozeß wird die Auffassung vertreten, selbst wenn das Berufungsgericht - zu Recht - ausgesprochen habe, die ordentliche Revision oder der Rekurs an den Obersten Gerichtshof seien zulässig, das Rechtsmittel aber dann nur solche Gründe geltend mache, deren Erledigung nicht von der Lösung erheblicher Rechtsfragen abhängt, sei die Revision oder der Rekurs trotz der Zulässigerklärung durch das Gericht zweiter Instanz zurückzuweisen (8 Ob 2/95 = ÖJZ-LSK 1996/5; 1 Ob 610/95 ua; RIS-Justiz RS0102059; *Kodek in Rechberger*, vor § 502 ZPO Rz 3). Nach der Neuordnung des Revisionsrekursrechts im Verfahren außer Streitsachen und dessen Anpassung an das Revisionsrecht der Zivilprozeßordnung ist dieser Grundsatz mit Einschränkungen auch im Verfahren außer Streitsachen anzuwenden. Da § 16 Abs 3 AußStrG nur auf die Bestimmungen der § 508a, § 510 Abs 1 letzter Satz und Abs 2 ZPO verweist, nicht jedoch auf § 506 ZPO, werden im außerstreitigen Verfahren vom Revisionsrekurswerber keine besonderen Rechtsausführungen zur Zulässigkeit seines Rechtsmittels verlangt (EFSlg 67.460). Es genügt, wenn in den Anfechtungsgründen die iSd § 14 Abs 1 AußStrG erhebliche Rechtsfrage (zumindest) angesprochen wird (6 Ob 527, 528/92 ua).

Eine solche erhebliche Rechtsfrage wird im Rechtsmittel deshalb nicht angesprochen, vertritt doch der Minderjährige die Auffassung, weder die AfA für langlebige Wirtschaftsgüter noch jene für kurzlebige Wirtschaftsgüter stelle eine Abzugspost von der Unterhaltsbemessungsgrundlage dar, weil dieser keine reale Ausgaben zugrundeliegen. Eben diese - zutreffende - Rechtsauffassung hat aber das Rekursgericht ohnehin vertreten, indem es ausführte (S 4 der Beschlußausfertigung zweiter Instanz), die AfA stelle keinen Abzugsposten von der Unterhaltsmessungsgrundlage dar, weil ihr keine reale Ausgabe zugrundeliege. Der Oberste Gerichtshof kann aber nicht theoretisch zu einer Rechtsfrage, deren Lösung durch die zweite Instanz vom Rechtsmittelwerber gar nicht bestritten wird, Stellung nehmen.

Festzuhalten bleibt, daß die Ausgabenpost des Vaters „Sofort-AfA geringwertige Wirtschaftsgüter“ offenbar keine AfA, somit die Abschreibung eines Wirtschaftsguts über einen gewissen Zeitraum, sondern eine sofortige gänzliche Abschreibung dieser Wirtschaftsgüter iSd § 13 EStG 1988 bedeutet.

Das von der zweiten Instanz zugelassene Rechtsmittel des Minderjährigen ist demnach mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 14 Abs 1 AußStrG gemäß § 16 Abs 3 AußStrG iVm § 508a Abs 2 ZPO zurückzuweisen.

**Redaktioneller Hinweis:** Im obigen Text wurden jene Passagen **färbig** hervorgehoben, die für den Autor von [www.alimente-berechnung.at](http://www.alimente-berechnung.at) wesentlich erscheinen. Besuchen Sie auch die neue Webpräsenz des Autors: Unter [www.alimente.wien](http://www.alimente.wien) finden Sie die neuesten Judikaturen im Zusammenhang mit Kindesunterhalt. Unter [www.alimente.wien/Abzugsposten](http://www.alimente.wien/Abzugsposten) finden Sie weitere Informationen zur Ermittlung des unterhaltsrechtlichen Einkommens von selbständig Erwerbstätigen.

Bitte beachten Sie die [Nutzungsbedingungen](#) und den [Haftungsausschluss](#).