

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

09.07.1997

**Geschäftszahl**

3Ob194/97v

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Hofmann als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Graf, Dr.Pimmer, Dr.Zechner und Dr.Sailer als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj. Petra S\*\*\*\*\*, geboren \*\*\*\*\* 1980, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses des Vaters Hans S\*\*\*\*\*, vertreten durch Zamponi, Weixelbaum & Partner, Rechtsanwälte OEG in Linz, gegen den Beschluß des Landesgerichtes Wels als Rekursgericht vom 2.April 1997, GZ 21 R 107/97b-23, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Eferding vom 28.Februar 1997, GZ 1 P 33/96y-20, teils bestätigt, teils aufgehoben wurde, folgenden

**Beschluß**

gefaßt:

**Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß der erstinstanzliche Beschluß auch im Umfang der Bestätigung des Unterhaltszuspruchs von monatlich S 3.324,-- aufgehoben und dem Erstgericht auch insoweit die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen wird.

**Text****Begründung:**

Die minderjährige Petra S\*\*\*\*\* ist das eheliche Kind der Friederike und des Hans S\*\*\*\*\*. Nach der Aktenlage sind die Eltern und das Kind österreichische Staatsbürger. Der letzte gemeinsame Haushalt der Familie befand sich in Deutschland, N\*\*\*\*\*. Seit 27.1.1996 lebt die Minderjährige bei ihrer bereits vorher nach Österreich gezogenen Mutter. Die alleinige Obsorge für die Minderjährige kommt der Mutter zu. Zwischen den Eltern ist beim Bezirksgericht Linz ein Scheidungsverfahren anhängig. Der Vater betreibt in der Bundesrepublik Deutschland einen Gebrauchtwagenhandel. Die durch ihre Mutter vertretene Minderjährige beantragte am 4.6.1996, den Vater ab 27.1.1996 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von S 10.100,-- zu verpflichten. Sie brachte vor, der Vater erziele als selbständiger Autohändler ein monatliches Durchschnittseinkommen von DM 7.600,-- und sei sonst nur für seine Gattin sorgepflichtig.

Der Vater sprach sich gegen das Ausmaß des Unterhaltsfestsetzungsantrages aus. Er habe hohe Belastungen durch Beiträge zur Krankenversicherung, Unfallversicherung (diese auch für die Minderjährige) und Gebäudeversicherung sowie durch Strom- und Heizkosten, Grundbesitzabgaben und Kreditrückzahlungen, sodaß ihm von seinem Einkommen aus dem mit einem einzigen Mitarbeiter betriebenen Autohandel von DM

69.191,83 im Jahr 1995 nach Abzug aller Zahlungen lediglich ein Betrag von DM 1.730,16 monatlich verbleibe, von dem er noch die Unterhaltszahlungen für Frau und Tochter bestreiten müsse.

Das Oberlandesgericht Köln hat mit Urteil vom 15.1.1997, 26 UF 78/96, den Ehegattenunterhalt für die Zeit nach dem 27.1.1996 mit monatlich DM 1.677,-- bzw DM 1.391,-- und ab 1.1.1997 mit monatlich DM 1.646,-- festgesetzt. In seinem Urteil ging das Oberlandesgericht Köln für die Jahre 1995 bis 1997 von einem (für die Jahre 1993 bis 1995 aus Belegen berechneten) steuerlich bereinigten Durchschnittseinkommen des Berufungswerbers von monatlich DM 9.394,-- aus, wobei die steuerlichen Abschreibungen (AfA) unter Hinweis auf deutsche Rechtsprechung ebenso hinzugerechnet wurden wie ein "Ehegattengehalt". Durch weitere Bereinigung dieses Einkommens um freiwillige Vorsorgeaufwendungen für Krankenversicherung (für die gesamte Familie), Unfallversicherung und für Altersvorsorge (mit einem Prozentsatz, der der Höhe des Beitragssatzes zur gesetzlichen Rentenversicherung entspricht) wurde sodann das maßgebliche Einkommen mit monatlich DM 6.528,-- (für 1995), DM 6.471,-- (für 1996) und DM 6.367,-- (für 1997) ermittelt.

Das Erstgericht übernahm die Feststellungen und die Beurteilung des Oberlandesgerichtes Köln, wonach das monatliche Nettoeinkommen des Vaters durchschnittlich monatlich S 45.187,-- betrage. Darauf basierend sprach es dem Kind ab 27.1.1996 einen monatlichen Unterhaltsbetrag von S 8.600,-- zu und wies unangefochten das Mehrbegehren von S 1.500,-- ab.

In seinem Rekurs gegen die erstinstanzliche Entscheidung wendete sich der Vater gegen die "kommentarlose Übernahme" der im Urteil des Oberlandesgerichtes Köln vom 15.1.1997 ermittelten Bemessungsgrundlage, zumal das Erstgericht den Inhalt des Berufungsurteiles und seine Absicht, daraus Feststellungen zu treffen, mit den Parteien nicht erörtert habe. Allerdings seien selbst ausgehend von den Grundziffern dieses Urteils im Sinne der österreichischen Rechtsprechung jedenfalls die Beträge für die AfA (im Durchschnitt der Jahre 1993 bis 1995 monatlich DM 1.168,--), weiters ein "Ehegattengehalt" von durchschnittlich monatlich DM 1.069,-- abzuziehen und Naturalunterhalt (Zahlungen des Vaters für Kranken- und Unfallversicherung für die Minderjährige) von monatlich DM 253,10 (= ÖS 1.772,-- ) zu berücksichtigen, sodaß die Unterhaltsbemessungsgrundlage DM 4.217,-- , das seien ÖS 29.519,-- betrage; daraus folge ein Unterhaltsanspruch der Minderjährigen von monatlich S 5.608,-- (19 %), von dem noch der Naturalunterhalt von S 1.772,-- abzuziehen sei. Den Zuspuch des Betrages von monatlich S 3.836,-- ließ der Vater unangefochten.

Das Gericht zweiter Instanz bestätigte mit dem angefochtenen Beschluß die Entscheidung des Erstgerichtes im weiteren Zuspuch von monatlich S 3.324,-- , hob diese im Umfang einer weiteren Unterhaltsverpflichtung von monatlich S 1.140,-- und "hinsichtlich der Nichtanrechnung von Naturalleistungen" - insoweit ohne Rekurszulassung - auf und sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs hinsichtlich des bestätigenden Teils nicht zulässig sei. Entgegen der Auffassung des Rekurswerbers sei nach der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 3 Ob 503/96 [= SZ 69/33] die AfA keineswegs "nach ständiger Judikatur" als einkommensmindernd zu berücksichtigen. Nach diesen Entscheidungen solle durch die AfA zwar die Amortisation des Kapitals erreicht werden, es sei aber nicht deren Aufgabe, unversteuerte Vermögensreserven zu bilden. Mit der AfA würden auch keine betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen wie etwa die Ansammlung von Kapital zur Ersatzbeschaffung für abgenützte Vermögensgegenstände verfolgt. Als für die Unterhaltsbemessung maßgebendes Einkommen gelte die Summe aller dem Unterhaltsschuldner tatsächlich zufließenden Mittel unter Berücksichtigung unterhaltsrechtlich relevanter Abzüge und Aufwendungen. Die Steuerbemessungsgrundlage sei daher, wenn erforderlich, nach unterhaltsrechtlichen Gesichtspunkten zu korrigieren. Steuerbegünstigungen, denen keine effektiven Ausgaben gegenüber stünden, berührten demnach die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners nicht. Es dürften nicht durch Abschreibungen und später durchgeführte tatsächliche Investitionen die wahren Einkommensverhältnisse zu Lasten des Unterhaltsberechtigten verzerrt werden. Die laufende (normale) AfA für langlebige Wirtschaftsgüter erweise sich demnach nach der für das Unterhaltsrecht wesentlichen wirtschaftlichen Betrachtung als Art eines zur Vermögensbildung führenden Kapitaleinkommens, weil sie eine Erhöhung des Nettoeinkommens des Unterhaltsschuldners ermögliche, ohne daß dem durch die steuerliche Abschreibung als Werbungskosten erzielten Einkommensplus effektive Ausgaben gegenüber stünden oder dieses den Zweck der Ansammlung von Mitteln für die Wiederbeschaffung eines wirtschaftlich abgenützten Vermögenswertes hätte. Steuerliche Abschreibungen seien nach dieser Entscheidung nur dann als Abzugspost von der Unterhaltsbemessungsgrundlage zu behandeln, wenn und soweit dem Unterhaltsschuldner der Beweis gelinge, daß den als Steuerabschreibung anerkannten Beträgen eine tatsächliche Vermögenseinbuße gegenüber stehe. Diese Lösung gewährleiste, daß es zu keiner Verzerrung der wahren Einkommensverhältnisse komme.

Im vorliegenden Fall habe der Vater den Beweis, daß den Abschreibungen tatsächlich Vermögenseinbußen gegenüber stünden, gar nicht angetreten bzw keinerlei Behauptungen in diese Richtung aufgestellt. Wenn er sich in seinem Rekurs darauf berufe, es liege ein Verfahrensmangel vor, weil die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Köln mit den Parteien nicht erörtert worden sei, sei dem zu erwidern, daß die eben behandelte Frage der AfA eine reine Rechtsfrage darstelle, die ausgehend von den Jahresbilanzen, deren Kenntnis der Vater wohl kaum verneinen könne, zu lösen sei. Darüberhinaus sei dem Vater zweifellos die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Köln bekannt gewesen, in welchem die Rechtsfrage auch zu seinen Lasten gelöst worden sei. Er hätte durchaus ein Vorbringen zur AfA im Pflugschaftsverfahren erstatten können. Die nunmehrige Behauptung, von der herangezogenen Bemessungsgrundlage seien jedenfalls DM 1.168,-- monatlich an AfA abzuziehen, sei durch die dargestellten, vom Obersten Gerichtshof entwickelten Grundsätze zur AfA entkräftet.

Bis zur Klärung der Fragen des Ehegattenunterhalts (wohl Ehegattengehalts) und der Anrechenbarkeit der vom Vater behaupteten Naturalleistungen, weswegen der erstinstanzliche Beschluß aufgehoben worden sei, sei von einer Bemessungsgrundlage von DM 5.385,-- (nämlich DM 6.455,-- - DM 1.070,-- an ungeklärtem Ehegattengehalt) auszugehen, sodaß der Minderjährigen von umgerechnet S 37.695,-- 19 %, das sind S 7.160,-- bereits jetzt an Unterhalt zuzusprechen seien.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der gegen den bestätigenden Ausspruch der zweiten Instanz gerichtete außerordentliche Revisionsrekurs des Vaters ist zulässig und berechtigt.

Der Rechtsmittelwerber führt aus, die AfA erhöhe nur dann zur Gänze die Unterhaltsbemessungsgrundlage, wenn ihr keine Aufwendungen gegenüberstünden; sonst sei zu differenzieren:

Wie wird das Wirtschaftsgut angeschafft, entgeltlich oder unentgeltlich? Bei unentgeltlicher Anschaffung und nachfolgender Ansetzung einer AfA für dieses Wirtschaftsgut kann aus unterhaltsrechtlicher Sicht kein Zweifel daran bestehen, daß diese AfA die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht mindern kann, ausgenommen es wird der Nachweis erbracht, daß die dadurch entstehende Kapitalbildung einer Ersatzbeschaffung dient.

Wird dagegen das Wirtschaftsgut entgeltlich angeschafft, steht dem vorhandenen Wirtschaftsgut also ein tatsächlicher Aufwand gegenüber, womit sich das Nettoeinkommen des Unterhaltsschuldners verringert; dies muß aber noch keine Vermögenseinbuße bedeuten, da dem Geldfluß auf der einen Seite eine entsprechende Vermögensvermehrung in Form des Wirtschaftsgutes gegenübersteht.

Es muß daher bei einer entgeltlichen Anschaffung eines Wirtschaftsgutes überprüft werden, ob dieses einer Abnutzung unterliegt, womit in Form der Verringerung des Vermögens ein Aufwand entsteht.

Betrachtet man nunmehr die steuerrechtliche Zielsetzung, oder aber auch nur den Begriff der "Abschreibung für Abnutzung", so ist schon ersichtlich, daß auch steuerrechtlich eine AfA nur für Wirtschaftsgüter gewährt wird, die einer Abnutzung unterliegen. So wird etwa eine AfA für Kunstgegenstände, Antiquitäten etc, die weder einer Abnutzung noch in der Regel einem Wertverlust unterliegen, auch steuerrechtlich nicht gewährt.

Der Regelfall bei der AfA ist eindeutig die entgeltliche Anschaffung des entsprechenden Wirtschaftsgutes und die Tatsache, daß das Wirtschaftsgut einer Abnutzung unterliegt (andernfalls schon steuerrechtlich eine AfA nicht möglich wäre).

Es ist daher auch der Rechtsansicht des Rekursgerichtes nicht zuzustimmen, daß der Unterhaltsschuldner den Regelfall zu beweisen hätte, vielmehr ist es Sache des Unterhaltsberechtigten, die Ausnahme zu behaupten und zu beweisen. Anhand eines dann vom Unterhaltsschuldner vorzulegenden Anlagenverzeichnisses (die Nichtvorlage desselben trotz gerichtlichem Auftrag unterliegt der freien Beweiswürdigung des erkennenden Gerichtes), kann der Unterhaltsberechtigte die Beschreibung des einzelnen Wirtschaftsgutes, den Anschaffungswert und den tatsächlich vorhandenen Buchwert ersehen.

Wendet man dagegen die Rechtsansicht des Rekursgerichtes auf alle Unterhaltsverfahren mit selbständig Erwerbstätigen an, werden derartige Unterhaltsverfahren schlichtweg undurchführbar:

Für jedes einzelne Wirtschaftsgut, für das die AfA angesetzt ist, müßte der Unterhaltsschuldner einerseits den entgeltlichen Erwerb durch Vorlage der entsprechenden Rechnung, aber auch die Tatsache, daß das Wirtschaftsgut einer Abnutzung unterliegt, beweisen. Nunmehr ist es nicht so, daß es sich bei der Position "AfA" in einer Gewinn- und Verlustrechnung um eine Position für ein einzelnes Wirtschaftsgut handelt, sondern steht diese Position als Summe für jede AfA aller Wirtschaftsgüter. Realistisch betrachtet, liegt die Anzahl derartiger Wirtschaftsgüter schon bei kleinen Unternehmen bei bis zu 100 Stück, bei größeren Unternehmen geht diese Zahl in die Tausende. Jeder Schreibtisch, jeder Sessel, jede Lampe, jeder PC etc. müßte auf diese Art und Weise einer Beweisführung mit konkreten Prozeßbehauptungen zu jedem einzelnen Wirtschaftsgut zugeführt werden. Dies ist einfach unrealistisch.

Vielmehr ist es Sache des Unterhaltsberechtigten, die Ausnahme vom Regelfall zumindest zu behaupten. Aufgrund des Beweisnotstandes beim Unterhaltsberechtigten besteht eine entsprechende Mitwirkungspflicht des Unterhaltsschuldners durch Vorlage des Vermögensverzeichnisses und bei konkreten weiteren Behauptungen weiterer Unterlagen.

Diesen Ausführungen kann nur zum Teil gefolgt werden.

Wie der erkennende Senat in seiner Entscheidung SZ 69/34 ausführte, hatte der Oberste Gerichtshof bisher zum Einfluß der laufenden (normalen) AfA in linearer Abschreibung auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage noch nicht Stellung zu nehmen. Die Rechtsprechung der Gerichte zweiter Instanz ist unterschiedlich. Nach einer Linie wird die laufende (normale) AfA als Abzugspost von der Unterhaltsbemessungsgrundlage anerkannt (EFSIlg 68.192; EFSIlg 37.925; EFSIlg 30.878; EFSIlg 28.804), nach einer anderen Praxis wird ein Einfluß der AfA auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage ganz allgemein verneint, weil sie nur eine gewinnmindernde Steuerbegünstigung darstelle und diese "steuerliche Abzugspost" daher zum Gewinn hinzugerechnet werden müsse, um das als Bemessungsgrundlage dienende tatsächliche Einkommen des Unterhaltsschuldners zu ermitteln (EFSIlg 42.938). Teilweise wird aber auch danach differenziert, ob die AfA - sei es als laufende (normale), sei es als vorzeitige - neben den "Abzug der tatsächlichen Investitionsausgaben vom Geschäftsgewinn" trete; es könne nämlich bei Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nur entweder auf das eine oder das andere Bedacht genommen werden (EFSIlg 42.939).

Es entspricht im grundsätzlichen der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, daß als für die Unterhaltsbemessung maßgebendes Einkommen die Summe aller dem Unterhaltsschuldner tatsächlich zufließenden Mittel unter Berücksichtigung unterhaltsrechtlich beachtlicher Abzüge und Aufwendungen zu verstehen ist (JBI 1994, 830; JBI 1992, 702; SZ 65/126). Nicht anders als beim Kindesunterhalt (ÖA 1995, 68; RdW 1993, 146), ist auch beim Ehegattenunterhalt die Steuerbemessungsgrundlage, wenn erforderlich, nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu korrigieren. Demnach berühren Steuerbegünstigungen, denen keine effektiven Ausgaben gegenüberstehen, nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners. Es dürfen auch nicht Abschreibungen und später durchgeführte tatsächliche Investitionen die wahren Einkommensverhältnisse zu Lasten des Unterhaltsgläubigers verzerren (JBI 1992, 702 [Auflösung einer Investitionsrücklage]). Die in einer bestimmten Leistung liegende Zweckbestimmung allein führt ebenso noch nicht zum Ausscheiden aus der Unterhaltsbemessungsgrundlage (ÖA 1995, 58; ÖA 1993, 145; SZ 65/126). Gleiches muß auch für aus bestimmten Gründen vorgenommene Steuerabschreibungen gelten, die - wie hier - ein höheres Nettoeinkommen des Unterhaltsschuldners verursachen. In der Unterhaltsbemessung bleiben nur Teile des Einkommens des Unterhaltsschuldners außer Betracht, die dem Ausgleich für einen bestimmten Mehraufwand dienen und auch tatsächlich für den widmungsgemäßen Zweck eingesetzt werden (RZ 1996/11 [Ausgleichszahlung gemäß § 94 EheG für die Beschaffung einer Ersatzwohnung]; 6 Ob 595/94 [Aufwandsentschädigung eines Gemeinderats]; ÖA 1993, 145 [allgemein]; JUS Z 1594 [Ausgleichszahlung gemäß § 94 EheG für die Beschaffung einer Ersatzwohnung]).

Die laufende (normale) AfA dient einer Verteilung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Vermögenswerts auf die Gesamtdauer seiner wirtschaftlichen Verwendung oder Nutzung. Sie soll eine Amortisation des Kapitals ermöglichen, ohne allerdings betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen - wie etwa der Ansammlung von Mitteln zur Ersatzbeschaffung für ein wirtschaftlich abgenutztes Vermögensgut - zu dienen.

Diesen Ausführungen schloß sich der Senat 1 in seiner Entscheidung 1 Ob 2349/96i an: **Die AfA mindere die Unterhaltsbemessung nur dann, wenn ihr reale Ausgaben zugrundeliegen.**

Dies entspricht auch der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland: Abschreibungen seien unterhaltsrechtlich nur anzuerkennen, soweit sie sich mit einer tatsächlichen Verringerung der für den Lebensbedarf verfügbaren Mittel decken (Kalthoener/Büttner, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts<sup>5</sup>, Rz 947 mwN in FN 49).

Das Oberlandesgericht Köln hat nun in seiner Entscheidung vom 15.1.1997, 26 UF 78/96 die gesamte AfA deshalb der Unterhaltsbemessungsgrundlage dazugeschlagen, weil der Beklagte (= Rechtsmittelwerber) nicht dargetan habe, daß die AfA sich im Einzelfall mit einer tatsächlichen Verringerung der für den Lebensbedarf verfügbaren Mittel deckt (siehe dazu auch Kalthoener/Büttner aaO Rz 947 mwN in FN 51). Diese Darlegungs- und Beweispflicht gilt entgegen den Ausführungen des Rechtsmittelwerbers auch für den österreichischen Rechtsbereich, ist doch nur der Unterhaltsschuldner in der Lage, ein diesbezügliches Vorbringen zu erstatten und Beweise anzubieten (vgl EF 45.702 uva). Gerade dies wurde aber dem Unterhaltsschuldner verwehrt, hat doch das Erstgericht nach Vorlage des Urteiles des Oberlandesgerichtes Köln durch die Mutter am 7.2.1997 ohne weitere Anhörung am 28.2.1997 den Unterhalt bemessen und die gesamte AfA der Unterhaltsbemessungsgrundlage dazugezählt. Wenn auch im Gegensatz zu den Darlegungen im Rechtsmittel es Sache des Vaters gewesen wäre, reale Ausgaben zu behaupten und die entsprechenden Beweismittel anzubieten, konnte das Erstgericht nur dann, wenn es dem Vater vergeblich ein solches Vorbringen ermöglicht hätte (insbesondere auch in der Richtung um welche AfA es sich nach § 7 dEStG gehandelt hat - vgl Kalthoener/Büttner aaO Rz 946), die gesamte AfA als die Bemessungsgrundlage erhöhend ansehen. Da entgegen den Ausführungen des Rekursgerichtes nicht in jedem Fall die gesamte AfA in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen ist, blieb das Verfahren der Vorinstanzen mangelhaft.

Diese Erwägungen führen zur Aufhebung auch des Zuspruches von monatlich S 3.324,--.

**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](#).