

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

19.01.1993

Geschäftszahl

5Ob501/93

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Jensik als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Zehetner, Dr.Klinger, Dr.Schwarz und Dr.Floßmann als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj.Jürgen S*****, geboren am 9.8.1980, ***** vertreten durch seine Mutter Johanna S*****, Lehrerin, ebendort, diese vertreten durch Dr.Wolfgang Pils, Rechtsanwalt in Linz, wegen Unterhaltserhöhung, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses des Minderjährigen gegen den Beschluß des Landesgerichtes Linz als Rekursgerichtes vom 12. November 1992, GZ 18 R 705/92-65, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Linz vom 25.September 1992, GZ 2 P 143/86-61, teilweise abgeändert wurde, den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen, die bezüglich der Festsetzung der vom Vater dieses Minderjährigen ab 1.9.1991 zu erbringenden monatlichen Unterhaltsleistungen von S 4.000 als unbekämpft unberührt bleiben, werden im übrigen, also bezüglich eines weiteren Unterhaltsbegehrens von S 1.000 pro Monat ab 1.9.1991, aufgehoben.

Die Rechtssache wird im Umfang der Aufhebung zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Text**Begründung:**

Zuletzt war der vom Vater für diesen Minderjährigen zu leistende Unterhalt auf Grund einvernehmlicher Erklärungen der Eltern mit monatlich S 3.500 ab 1.1.1990 festgesetzt worden (ON 32 und 35; Beschluß vom 9.8.1989 - ON 36).

Nummehr begehrt der Minderjährige (= Antragsteller) wegen Steigerung seiner Bedürfnisse (AHS-Besuch seit Herbst 1991 mit obligatorischer betreuender Unterstützung in den Nachmittagsstunden) eine Erhöhung der monatlichen Unterhaltsleistung auf S 5.000 ab 1.9.1991.

Der Vater (= Antragsgegner) des Minderjährigen erklärte sich zur Zahlung eines monatlichen Unterhaltsbetrages von S 4.000 bereit, beantragte aber die Abweisung des Mehrbegehrens. Schon bisher habe die Hortunterbringung des Minderjährigen einen monatlichen Aufwand von S 2.000 erfordert. Eine Erhöhung der Unterhaltsleistung wäre daher nur insoweit gerechtfertigt, als sonst eine Erhöhung der Bedürfnisse des Minderjährigen oder aber eine wesentliche Erhöhung des Einkommens des Kindesvaters eingetreten wäre. Der Antragsgegner habe im Jahre 1989 einen Bilanzgewinn von S 244.000 erzielt, im Jahre 1990 einen solchen von rund S 277.000. Auch nach Hinzurechnung des Investitionsfreibetrages und der Hälfte allfälliger Diäten ergebe sich unter Bedachtnahme auf die mit rund S 56.000 zu erwartende Einkommensteuer für das Jahr 1990 eine Unterhaltsbemessungsgrundlage, die niedriger sei als jene, die der letzten Unterhaltsbemessung zugrunde gelegt gewesen wäre (ON 40).

Dem erwiderte der Antragsteller unter anderem, er habe Anspruch auf angemessene Teilnahme an den gehobenen Lebensverhältnissen seines Vaters, sodaß auch dessen Privatentnahmen sowie sein Aufwand (der Vater sei Eigentümer einer großen relativ teuren Wohnung, eines PKW etc) zu berücksichtigen sei. Auch sei die Ehegattin des Antragsgegners als Angestellte in dessen Betrieb beschäftigt. Da das vom Antragsgegner seiner Ehegattin ausbezahlte Einkommen auch dazu diene, die Auslagen und Aufwendungen des Antragsgegners im Zusammenhang mit der Finanzierung seiner Wohnung zu bestreiten, müsse bei Beurteilung des Unterhaltsanspruches des Antragstellers auch auf eine entsprechende Relation zwischen den Bezügen der Ehegattin des Antragsgegners und dem von ihm angegebenen Gewinn Rücksicht genommen werden (ON 45).

Das Erstgericht verpflichtete den Antragsgegner, zum Unterhalt des Antragstellers vom 1.9.1991 bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit desselben monatlich S 5.000 zu zahlen.

Das Erstgericht stellte - unter anderem auf Grund des Gutachtens eines Buchsachverständigen - folgenden Sachverhalt fest:

Das Nettoeinkommen des Antragsgegners betrug im Jahre 1990 S 342.000, das sind monatlich S 28.500. Seine Ehegattin verdient als Angestellte monatlich ca S 15.300. Der Antragsgegner hat außer für den Antragsteller für niemanden mehr zu sorgen. Er ist Eigentümer einer Eigentumswohnung in Linz. Die Mutter des Antragstellers verfügt als Lehrerin über eigenes Einkommen. Sie hat außer für dieses Kind für niemanden zu sorgen.

Ausgehend von diesen Feststellungen erachtete das Erstgericht einen monatlichen Unterhaltsbetrag von S 5.000 als zur Bestreitung der Bedürfnisse des im 13.Lebensjahr stehenden Minderjährigen für erforderlich und dem Leistungsvermögen des Antragsgegners entsprechend.

Das Rekursgericht änderte den Beschluß des Erstgerichtes dahin ab, daß es die vom Antragsgegner ab 1.9.1991 zu erbringende monatliche Unterhaltsleistung mit S 4.000 festsetzte und das Mehrbegehren abwies; der ordentliche Revisionsrekurs sei nicht zulässig.

Da seit der letzten Unterhaltsfestsetzung (ON 36) mehr als zwei Jahre vergangen seien, müsse von einer Steigerung der Bedürfnisse des Kindes in einem solchen Ausmaß ausgegangen werden, daß eine Neubemessung des Unterhaltes gerechtfertigt sei. In einem solchen Fall habe die Neubemessung unter Berücksichtigung aller zur Zeit der neuen Beschlußfassung vorliegenden Verhältnisse zu erfolgen.

Grundlage für die Unterhaltsbemessung bei selbständig Erwerbstätigen sei grundsätzlich das letzte steuerlich abgeschlossene Bilanz- oder Geschäftsjahr, hier also das Geschäftsjahr 1990, zumal die Bilanz des Geschäftsjahres 1991 noch nicht zur Verfügung stehe. Entgegen der vom Erstgericht gepflogenen Vorgangsweise dürfe ein einmaliger außerordentlicher Aufwand zur Sanierung des Geschäftes nicht dem steuerlichen Einkommen zur Ermittlung des wirtschaftlichen Einkommens hinzugerechnet werden. Es stehe auch noch nicht fest, ob und in welcher Höhe Einnahmen auf Grund von geführten (Schadenersatz)prozessen erzielt werden könnten. Auf solche zukünftige Umstände dürfe nicht Rücksicht genommen werden. Das vom Erstgericht mit S 342.000 ermittelte Nettoeinkommen für 1990 sei daher um den - dem Bilanzgewinn unter anderem hinzugerechneten - außerordentlichen Aufwand von S 155.000 zu reduzieren. Die Unterhaltsbemessungsgrundlage betrage daher jährlich S 187.000, also monatlich durchschnittlich S 15.583. Auf dieser Grundlage sei ein monatlicher Unterhaltsbetrag von S 4.000 angemessen und den Bedürfnissen des Antragstellers entsprechend.

Im Falle der Realisierung der Schadenersatzforderung des Antragsgegners stehe es dem Antragsteller jederzeit frei, neuerlich einen Antrag auf - auch rückwirkende - Erhöhung des Unterhaltes zu stellen.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei nicht zulässig, weil das Rekursgericht nicht von einer nicht mehr als drei Jahre zurückliegenden Rechtsprechung eines Gerichtes zweiter Instanz abgewichen sei und weil die Unterhaltsfestsetzung im Einzelfall keine erhebliche Rechtsfrage bilde.

Gegen den Beschluß des Rekursgerichtes richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs des Antragstellers mit dem Antrag, den Beschluß des Rekursgerichtes dahin abzuändern, daß der Beschluß des Erstgerichtes wiederhergestellt werde; hilfsweise wurde ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Revisionsrekurs ist zulässig und im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt.

a) Zur Zulässigkeit:

Rechtliche Beurteilung

Der Antragsteller berief sich zur Stützung seines Unterhaltsbegehrens auch auf die vom Antragsgegner getätigten Privatentnahmen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung zweiter Instanzen auch in den letzten drei Jahren (EFSIlg 62.000, 58.901, jeweils unter Hinweis auf EFSIlg 42.790; LGZ Wien 6.3.1991, 44 R 157/91 = EFSIlg 65.152 - im Druck), daß die Privatentnahmen die Unterhaltsbemessungsgrundlage bilden, wenn diese höher sind als der bilanzmäßige Reingewinn, weil der Unterhaltspflichtige seine Kinder an dem dadurch aufrecht erhaltenen Lebensstandard teilhaben lassen müsse. Es liegen auch diesbezügliche Beweisergebnisse vor (SV-Gutachten ON 54:

Privatentnahmen ohne Einkommensteuerzahlungen im Jahre 1989 S 325.000, im Jahre 1990 S 367.000). Dennoch ließen die Vorinstanzen diesen Tatsachenkomplex in ihren Entscheidungen unberücksichtigt. Das Rekursgericht wich daher insoweit von einer nicht länger als drei Jahre zurückliegenden Rechtsprechung der Gerichte zweiter Instanz ab. Schon dies allein hat die Zulässigkeit des Revisionsrekurses zur Folge.

b) Zur Sachentscheidung:

Den Ausführungen des Rekursgerichtes über die Zulässigkeit der Neubemessung des Unterhaltes des Antragstellers wegen Bedürfnissteigerung ist nichts hinzuzufügen (§ 16 Abs. 3 AußStrG iVm § 510 Abs. 3 ZPO).

Gemäß § 140 Abs. 1 ABGB hat sich die Unterhaltsbemessung ua an der Leistungsfähigkeit des zur Zahlung von Geldunterhalt verpflichteten Elternteils zu orientieren (SZ 63/60 ua). 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 (1 Ob 535/92; 8 Ob 1614/92). Dabei sind die Werte, die der Einkommensteuer (eines selbständig Erwerbstätigen) zugrunde gelegt werden, für sich allein für die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht maßgebend (5 Ob 1571/92):

Die Steuerbemessungsgrundlage ist daher, wenn erforderlich, nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu korrigieren (1 Ob 535/92; 8 Ob 1614/92). Im Falle der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG (Gewinn = Überschuß der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben des betreffenden Jahres, wenn keine gesetzliche Verpflichtung zur Buchführung besteht und Bücher auch nicht freiwillig geführt werden) bietet die Heranziehung des Ergebnisses bloß eines Wirtschaftsjahres keine verlässliche Grundlage für die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, weil so auf steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten zurückzuführende Einkommensschwankungen, welche die Unterhaltsbemessungsgrundlage verzerren, nicht ausgeschaltet werden können. Eine verlässliche Bemessungsgrundlage kann daher in einem solchen Fall regelmäßig nur durch Heranziehung der Ergebnisse der letzten drei abgeschlossenen Wirtschaftsjahre gefunden werden (ÖA 1992, 110 = SZ 63/153; 1 Ob 535/92).

Schließlich wurde von der Judikatur der Rekursgerichte (EFSIlg 56.140, 58.901 und 62.000, jeweils unter Berufung auf EFSIlg 42.790; ferner LGZ Wien 6.3.1991, 44 R 157/91 = EFSIlg 65.152 - in Druck) ausgesprochen, daß ein Unterhaltspflichtiger, der seinen Reingewinn übersteigende höhere Privatentnahmen macht, seine Kinder

an dem dadurch aufrecht erhaltenen Lebensstandard teilhaben lassen muß, sodaß in einem solchen Fall die Privatentnahmen die Unterhaltsbemessungsgrundlage bilden, und zwar sogar dann, wenn der Unterhaltspflichtige mit einem bilanzmäßigen Verlust abschließt. Der Oberste Gerichtshof schließt sich dieser Rechtsansicht aus den dargelegten Gründen an. 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 - und möglicherweise ohne Gefährdung der Existenzgrundlage (= des Unternehmens) sogar berechtigt -, so liegt eben darin eine Gestaltung der Lebensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen, an denen die angemessenen Bedürfnisse des Kindes zu messen sind. Auch die Kräfte zur Unterhaltsleistung werden dadurch entsprechend mitgestaltet.

In der hier zu beurteilenden Rechtssache wird der Gewinn des Unterhaltspflichtigen zwar nicht nach § 4 Abs. 3 EStG als Überschuß der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben ermittelt, sondern nach § 4 Abs. 1 EStG, wonach Gewinn der durch doppelte Buchführung zu ermittelnde Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluß des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahres ist (Gewinnermittlung durch Bilanzierung). Dennoch vermeint der erkennende Senat, daß auch in einem solchen Fall der Unterhaltsbemessung das unterhaltsrechtlich relevante Durchschnittseinkommen der letzten drei Wirtschaftsjahre vor dem Unterhaltsbemessungszeitraum zugrunde zu legen ist, weil auch im Falle der Gewinnermittlung durch Bilanzerstellung einkommensverzerrende Gestaltungsmöglichkeiten gegeben sind, mag dies auch nicht so leicht und in einem solchen Ausmaß geschehen können wie im Falle der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG (man denke nur an die Tätigkeit gewinnmindernder Aufwendungen am Ende des einen oder erst am Beginn des nächsten Wirtschaftsjahres, je nach dem, wie es für die Einkommensentwicklung aus steuerlichen oder auch aus anderen - zB unterhaltsrechtlichen - Gründen vorteilhaft sein könnte, wenn bloß jeweils auf das letzte Wirtschaftsjahr abgestellt wird).

Ohne Einfluß auf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ist jedoch das Einkommen der Ehegattin desselben, mag sie auch in seinem Betrieb beschäftigt sein, weil deren Einkommen als Betriebsausgabe - und daher die Unterhaltsbemessungsgrundlage mindernd - nicht anders behandelt werden darf, als wenn die entsprechende Leistung zum hiefür üblichen Entgelt von einer anderen Person erbracht worden wäre. Deswegen ist es auch ohne Einfluß, daß möglicherweise die Ehegattin des Unterhaltspflichtigen zu dessen Wohnungskosten beiträgt. Dies wäre ja auch dann in gleicher Weise der Fall, wenn die Ehegattin des Unterhaltspflichtigen ihr Einkommen nicht aus einer Tätigkeit im Betrieb des Unterhaltsschuldners erzielte.

Angewendet auf die hier zu beurteilende Rechtssache unter Berücksichtigung der bereits vorliegenden Verfahrensergebnisse bedeutet dies für die weitere Vorgangsweise des Erstgerichtes folgendes:

Es wird das Durchschnittsnettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen in den letzten drei Jahren vor der Unterhaltsfestsetzung zu ermitteln sein, also in diesem Fall im Hinblick auf den Beginn der begehrten Unterhaltserhöhung mit 1.9.1991 (= gegen Ende des Geschäftsjahres 1991 und Beschlußfassung erst in den Folgejahren) zunächst das durchschnittliche Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen in den Jahren 1989 bis 1991 im Falle behaupteter wesentlicher Änderungen der Einkommensverhältnisse im bereits beendeten Geschäftsjahr 1992 für den ab 1.1.1993 zu leistenden Unterhalt das Durchschnittseinkommen der Jahre 1990 bis 1992. Dabei wird jeweils der Bilanzgewinn um bloße steuerlich zu berücksichtigende Abschreibungsbeträge (denen keine tatsächliche wirtschaftliche Vermögensminderung entspricht - wie zB im Falle des Investitionsfreibetrages) sowie um 50 % der als Betriebsausgaben steuerlich anerkannten Inlandstagesdiäten zu erhöhen, sodann aber um die darauf entfallende Einkommensteuer zu vermindern sein (diesbezüglich kann auf die Vorgangsweise im Sachverständigengutachten ON 54 verwiesen werden). Ob die Hinzurechnung des außerordentlichen Aufwandes für einen eingetretenen Schadensfall berechtigt ist oder ob es bei der Berücksichtigung des hiefür in die Gewinn- und Verlustrechnung eingesetzten Betrages als Aufwand zu verbleiben hat (wie es das Rekursgericht tat), kann derzeit nicht mit Sicherheit beurteilt werden, weil auf Tatsachenebene nicht geklärt ist, in welcher Weise bei betriebswirtschaftlich richtiger Vorgangsweise die Schadenersatzforderung des Unterhaltspflichtigen, sei es wegen Beschädigung der Geschäftseinrichtung oder wegen Aufwand verursachender Beschädigung des gemieteten Geschäftslokales (Aufwand für Reinigung, Ausmalen etc), auf den Bestands- und Erfolgskonten (im Jahr des Schadenseintrittes = des Entstehens der Schadenersatzforderung) ihren Niederschlag hätte finden müssen und ob dies tatsächlich geschah. Nur dann, wenn eine erfolgswirksame Aktivierung der Schadenersatzforderung unterblieb, obwohl es nach den betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung erforderlich gewesen wäre, würde der wegen des Schadensfalles in der Gewinn- und Verlustrechnung eingesetzte außerordentliche Aufwand dem

bilanzmäßigen Unternehmensgewinn hinzuzurechnen sein. Dies wird noch zu klären und sodann entsprechend dem Ergebnis der tatsächliche Gewinn festzustellen sein.

Sollte das Durchschnittsnettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen in den jeweils maßgebenden letzten drei Jahren niedriger sein als die tatsächlich getätigten Privatentnahmen, vermindert um die auf den Unternehmensgewinn entfallende Einkommensteuer, so wären nach dem oben Gesagten die Nettoprivatentnahmen als Unterhaltsbemessungsgrundlage heranzuziehen.

Aus den dargelegten Gründen waren daher die Entscheidungen der Vorinstanzen, soweit sie sich auf den noch strittigen monatlichen Unterhaltsbeitrag von S 1.000 beziehen, aufzuheben, und es war dem Erstgericht insoweit eine neue Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

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