

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

30.07.2013

Geschäftszahl

8Ob63/13t

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsrekursgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling als Vorsitzenden sowie den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj M**** Z****, geboren am ****, wohnhaft bei ihrer Mutter U**** Z****, geboren am ****, vertreten durch Mag. Herbert Nigl, Rechtsanwalt in Korneuburg, wegen Unterhalt, über den Revisionsrekurs des Vaters Mag. M**** W****, geboren am ****, vertreten durch Ing. Mag. Dr. Roland Hansely, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 10. April 2013, GZ 42 R 587/12b-107, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Floridsdorf vom 24. September 2012, GZ 13 PU 324/09k-96, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

Die Mutter hat die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung selbst zu tragen.

Text**Begründung:**

Der Vater ist aufgrund des Beschlusses des Erstgerichts vom 19. 6. 2006 (ON U 15) verpflichtet, für seine Tochter einen Unterhaltsbeitrag von monatlich 470 EUR zu zahlen.

Am 29. 9. 2009 stellte der Vater den Antrag auf Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung. Letztlich begehrte er, den Unterhalt vom 1. 1. 2007 bis 31. 12. 2007 auf 390 EUR und ab 1. 1. 2008 auf monatlich 445 EUR herabzusetzen. Sein durchschnittliches Nettoeinkommen habe sich durch eine fixe Dienstzuteilung und den dadurch bedingten Wegfall der Reisegebühren verringert. Außerdem habe er zur Finanzierung seiner

Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erhebliche Darlehen aufnehmen müssen.

Das Kind sprach sich gegen den Herabsetzungsantrag des Vaters aus und beehrte seinerseits, den monatlichen Unterhaltsbeitrag des Vaters ab 1. 4. 2010 auf den doppelten Regelbedarf und damit auf 582 EUR zu erhöhen. Zudem wurde eine erhöhte Unterhaltsverpflichtung für die Zeit vom 1. 12. 2006 bis 31. 3. 2010 geltend gemacht. Tatsächlich erwirtschaftete der Vater ein höheres monatliches Einkommen. Dabei seien auch die Erträge aus den Fondspapieren sowie den Wertpapieren zu berücksichtigen.

Das Erstgericht gab den Anträgen teilweise statt und setzte die Unterhaltsleistungen des Vaters für das Kind wie folgt fest:

- vom 1. 1. 2008 bis 31. 12. 2008 445 EUR
- vom 1. 1. 2009 bis 31. 6. 2009 522 EUR
- vom 1. 7. 2009 bis 31. 12. 2009 524 EUR
- vom 1. 1. 2010 bis 31. 10. 2010 492 EUR
- ab 1. 11. 2010 543 EUR.

Die Mehrbegehren wies es jeweils ab. Für die Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage sei von der Berechnungsvariante 2B im Gutachten des Sachverständigen ON 83 auszugehen. Der Unterhaltsanspruch des Kindes richte sich nach der Prozentsatzkomponente, wobei der sogenannte „Unterhaltsstopp“ zu berücksichtigen sei, der sich mit dem 2,5-fachen bzw bei jüngeren Kindern mit dem 2-fachen des jeweiligen Durchschnittsbedarfs errechne. Zudem seien zur steuerlichen Entlastung die Transferleistungen zu berücksichtigen.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung. Aufwandsentschädigungen wie Kilometergeld, Diäten, Tag- und Weggelder, Schmutz- und Entfernungszulagen seien regelmäßig zur Hälfte in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen, wenn der Unterhaltspflichtige nicht nachweise, dass er mehr als die Hälfte zur Abdeckung seines tatsächlichen Mehraufwands benötige. Da der Vater die Ausgaben für Hotelrechnungen bzw für Untermiete im Zusammenhang mit seiner Dienstzuteilung ausreichend nachgewiesen habe, seien diese Beträge zur Gänze aus der Unterhaltsbemessungsgrundlage auszuschneiden. Nachgewiesen seien auch die Wegstrecken der monatlichen Heimfahrten. Bei der Berücksichtigung des amtlichen Kilometergeldes stelle sich allerdings die Frage, inwieweit die zugrunde liegenden Kostenfaktoren, wie Versicherung, Service, Reparaturen, Anschaffung und Verschleiß, auch anfielen, wenn der Unterhaltsschuldner beruflich nicht auf die Benützung seines Fahrzeugs angewiesen sei. Übliche Fahrten zum Arbeitsplatz seien nicht abzugsfähig. Im Anlassfall bestünden gegen die Heranziehung lediglich des halben amtlichen Kilometergeldes keine Bedenken. Das Gleiche gelte für die Taggelder, weil auch dazu keine konkreten Nachweise für höhere tatsächliche Ausgaben vorliegen würden. Hinsichtlich der - vom Vater im Rahmen der gemischten Schenkung zur Finanzierung übernommenen - Investitionen im Zusammenhang mit dem Ausbau der von ihm vermieteten Wohnungen könne nicht von jenen Varianten im Sachverständigengutachten ausgegangen werden, die von fiktiven

Rückzahlungsbeträgen aufgrund eines (anstatt der endfälligen Fremdwährungskredite) angenommenen Annuitätendarlehens ausgehen würden. Vielmehr entspreche die Variante, die eine jährliche Investitionsabschreibung für die Abnutzung (ausgehend von einer restlichen Nutzungsdauer der Investitionen von 44,67 Jahren und einem 80%igen Gebäudeanteil) zugrunde lege, der Rechtsprechung. Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil zur Berücksichtigung des Aufwands für die Anschaffung oder Herstellung von Wirtschaftsgütern als reale Betriebsausgabe, insbesondere unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Falls, höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs des Vaters, der auf die Stattgebung seines Herabsetzungsantrags abzielt.

Mit ihrer Revisionsrekursbeantwortung beantragt die Mutter, das Rechtsmittel des Vaters zurückzuweisen, in eventuelle, diesem den Erfolg zu versagen.

Rechtliche Beurteilung

Entgegen dem - den Obersten Gerichtshof nicht bindenden - Ausspruch des Rekursgerichts ist der Revisionsrekurs mangels Vorliegens einer entscheidungsrelevanten erheblichen Rechtsfrage im Sinn des [§ 62 Abs 1 AußStrG](#) nicht zulässig.

1. Dass zu einer konkreten Fallgestaltung keine ausdrückliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs besteht, begründet unter anderem dann keine erhebliche Rechtsfrage, wenn die relevanten rechtlichen Grundsätze in der Rechtsprechung des Höchstgerichts geklärt sind (vgl. RIS-Justiz RS0102181; [8 Ob 93/11a](#)). Dies ist hier der Fall. Die Begründung des Rekursgerichts, dass zu den Besonderheiten des vorliegenden Falls noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege, spricht gerade gegen die Notwendigkeit einer richtungsweisenden Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (vgl. RIS-Justiz RS0042405). Auch sonst wird im Revisionsrekurs keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung aufgezeigt.

2. Die Mängelrüge des Vaters ist nicht berechtigt. Nach der Rechtsprechung können nur die in [§ 66 Abs 1 Z 1 AußStrG](#) genannten Mängel auch dann in einem Revisionsrekurs geltend gemacht werden, wenn sie vom Rekursgericht verneint wurden. Eine sonstige vom Rekursgericht verneinte Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz kann aufgrund der klaren gesetzlichen Anordnung in [§ 66 Abs 1 Z 2 AußStrG](#) aber nicht mehr im Revisionsrekurs geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0121265; RS0030748). Die Anfechtungsbeschränkung für Verfahrensmängel kann auch nicht mit der Behauptung unterlaufen werden, das Rekursgericht sei nicht ausreichend auf die Argumente im Rekurs im Zusammenhang mit einem erstinstanzlichen Verfahrensmangel eingegangen ([3 Ob 73/12z](#)).

Die vom Vater im Revisionsrekurs geltend gemachten Mängel beziehen sich auf das erstinstanzliche Verfahren und wurden bereits vom Rekursgericht nicht als Verfahrensmängel qualifiziert. Sie zählen nicht zu den Mängeln (Nichtigkeitsgründen) im Sinn des [§ 66 Abs 1 Z 1 AußStrG](#).

Zur gewöhnlichen Nutzungsdauer eines Wirtschaftsguts ist darauf hinzuweisen, dass die steuergesetzlichen Regelungen für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung unbeweglicher Sachen, die nicht zu einem Betriebsvermögen gehören, von 66 Jahren ([§ 16 Abs 1 Z 8 lit d EStG](#)) und sonst von einem Zeitraum zwischen 33 und 50 Jahren ([§ 8 Abs 1 EStG](#)) ausgehen. Ebenso entspricht es (auch) steuerrechtlichen Grundsätzen, dass es sich bei Grund und Boden um kein abnutzbares Wirtschaftsgut handelt. Abschreibungen können daher nur vom Wert des Bauwerks erfolgen (vgl. *Doralt/Ruppe*, Grundriss des österreichischen Steuerrechts I⁹ Rz 425; *Kanduth-Kristen* in *Jakom*, EStG § 8 Rz 10).

Soweit der Vater ausführt, aus den Entscheidungen der Vorinstanzen ergebe sich nicht, warum seinem Herabsetzungsantrag für das Jahr 2007 nicht stattgegeben worden sei, lässt er die für dieses Jahr festgestellte Bemessungsgrundlage außer Acht. Eine weitere Begründung dazu enthält der Revisionsrekurs nicht.

3.1 Zum amtlichen Kilometergeld führt der Vater im Revisionsrekurs aus, dass es sich in seinem Fall nicht nur um übliche Fahrtkosten zum Arbeitsplatz handle. Die Abzugsfähigkeit des halben Kilometergeldes sei für jene Entfernungen zum Dienstort praktisch, von denen noch am selben Tag eine Rückreise möglich sei.

3.2 Nach der Rechtsprechung sind Aufwandsentschädigungen, wie Diäten, Taggeld, Nächtigungsgeld, Reisekostenentschädigung und dergleichen, regelmäßig zur Hälfte in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen, sofern der Unterhaltspflichtige nicht nachweist, dass diese darüber hinaus der Abdeckung berufsbedingter Mehrausgaben dienen (RIS-Justiz RS0047442). An dieser Rechtsprechung hält der Oberste Gerichtshof fest, weil derartige „Aufwandsentschädigungen“ nicht immer nur einen Sachaufwand abdecken.

In der Entscheidung [9 Ob 47/09s](#) hat der Oberste Gerichtshof zum amtlichen Kilometergeld im Wesentlichen ausgeführt, dass die rein steuerrechtlichen Erwägungen für die Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht bindend seien, daran aber insoweit angeknüpft werden könne, als echte Aufwandsersätze in die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht einzubeziehen seien. Im Regelfall könne unterstellt werden, dass vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer für die Benützung des eigenen Pkws anlässlich aufgetragener Dienstreisen ausbezahlte Kilometergelder, die den amtlichen Satz nicht übersteigen, echte Aufwandsentschädigungen darstellten. Differenzierungen seien aber dort vorzunehmen, wo besonders hohe Jahreskilometerleistungen erbracht würden, weil dann nicht mehr von einem linearen Anstieg der tatsächlichen Aufwendungen ausgegangen werden könne. Es liege am Unterhaltspflichtigen, nicht aufgegliederte Kilometergelder aufzuschlüsseln.

Am Grundsatz, dass von der Einbeziehung in die Unterhaltsbemessungsgrundlage nur solche Einnahmen ausgenommen sind, die der Abgeltung von effektiven Auslagen dienen, ist weiterhin festzuhalten (RIS-Justiz RS0107262). Auch zum amtlichen Kilometergeld kann nicht von einer allgemeinen Vermutungsregel ausgegangen werden. Es bleibt daher dabei, dass die Behauptungs- und Beweislast für die zu

einer Verminderung der Unterhaltspflicht führenden Umstände den Unterhaltsschuldner trifft (RIS-Justiz RS0006261).

3.3 Der Vater beruft sich im Revisionsrekurs auf die von ihm zurückzulegenden langen Wegstrecken. Dazu vertritt er die Ansicht, dass eine Regel aufzustellen sei, ab welcher Distanz ein Kilomergeld zur Gänze gebühre.

Mit seinen allgemein gehaltenen Überlegungen entspricht der Vater seiner Darlegungspflicht, die zu einem weitergehenden Abzug des ausgezahlten Kilomergeldes führen könnte, nicht. Vielmehr stellt die Berücksichtigung von Fahrtkosten bei Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage eine Angelegenheit des Einzelfalls dar. Zudem ist zu beachten, dass der Unterhalt nicht mathematisch exakt zu berechnen ist (RIS-Justiz RS0057284; [10 Ob 49/10v](#)). Entgegen den Überlegungen des Vaters kann daher keine allgemein gültige Regel aufgestellt werden. Ohne nähere aufwandsbezogene Nachweise genügt der Hinweis auf lange Wegstrecken, noch dazu ohne Bezugnahme auf die jährlichen Kilometerleistungen, nicht, um die Berücksichtigung des gesamten Kilomergeldes angemessen erscheinen zu lassen. Die Beurteilung des Rekursgerichts ist daher nicht korrekturbedürftig. Die Ausgaben für die Wohnungskosten anlässlich der Dienstreisen wurden ohnedies zur Gänze aus der Bemessungsgrundlage ausgeschieden.

4.1 Zu seinen Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung führt der Vater im Revisionsrekurs aus, die Vorinstanzen hätten jene Variante aus dem Sachverständigengutachten angenommen, die die wirtschaftlich anerkannten Aufwendungen für Abschreibungen unberücksichtigt lasse. Die Variante 1A im Sachverständigengutachten entspreche am meisten der realen Einkommenssituation des Vaters.

4.2 Nach der Rechtsprechung zur Unterhaltsbemessung bei selbständiger Erwerbstätigkeit ist als Bemessungsgrundlage der tatsächlich verbliebene Reingewinn heranzuziehen, wie er sich aus den realen Einnahmen nach Abzug der realen Betriebsausgaben sowie der Zahlungspflicht für einkommens- und betriebsgebundene Steuern und öffentliche Abgaben ergibt ([3 Ob 134/10t](#)). Rücklagen oder Rückstellungen sind grundsätzlich in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen ([4 Ob 218/08z](#); [3 Ob 134/10t](#)). Investitionen zur Schaffung einer zusätzlichen Erwerbsmöglichkeit können unter bestimmten Voraussetzungen als Abzugspost von der Unterhaltsbemessungsgrundlage anerkannt werden (RIS-Justiz RS0106933). Maßgebend dafür sind die Marktlage sowie eine realistische Zukunftsprognose und die Frage nach Einhaltung des Maßstabs eines pflichtbewussten Elternteils in der Lage des Unterhaltspflichtigen (RIS-Justiz RS0047421; RS0047590).

4.3 Zur Berücksichtigung des Aufwands für die Anschaffung oder Herstellung von Wirtschaftsgütern bestehen in der Rechtsprechung zwei Ansätze, und zwar die Aufteilung des Anschaffungsaufwands auf die durchschnittliche Nutzungsperiode, allenfalls unter weiterer Berücksichtigung eines aufgrund einer Fremdfinanzierung anfallenden Zinsaufwands, und der Abzug der konkreten Rückzahlungen eines Kredits, der für die Anschaffung oder Errichtung aufgenommen wurde.

In der Entscheidung [4 Ob 218/08z](#) wurde klargestellt, dass für die unterhaltsrechtliche Berücksichtigung von hier in Rede stehenden

Anschaffungen an die steuerliche lineare Abschreibung für Abnutzung (AfA) anzuknüpfen sei, wobei es aber auf die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer, also die voraussichtliche wirtschaftliche Nutzungsperiode des betroffenen Wirtschaftsguts ankomme. Berücksichtigung finden könne aber nur ein „realer“ Aufwand. Bei vermieteten Gebäuden liege etwa dann kein realer Aufwand vor, wenn die Abschreibung nur vom fiktiven Anschaffungsaufwand erfolge. Eine „reale“ Ausgabe sei aber der Zinsaufwand, der infolge der Kreditfinanzierung des Erwerbs oder der Herstellung des Wirtschaftsguts anfalle. Der Berücksichtigung von linearer AfA und Zinsaufwand stehe ein anderes Modell gegenüber, nach dem bei einer Kreditfinanzierung des Erwerbs oder der Errichtung eines Mietobjekts die konkreten Rückzahlungsraten des Kredits von den Einkünften aus der Vermietung und Verpachtung abzuziehen seien. Im Fall eines endfälligen Fremdwährungskredits wären dies der Zinsaufwand und die Zahlungen zum Aufbau des Tilgungsträgers. Gegen diese zweite Variante spreche die damit verbundene Möglichkeit des Schuldners, sein reales Einkommen durch hohe Kreditraten auf einen Zeitraum zu verschieben, in dem er möglicherweise nicht mehr unterhaltspflichtig sei. Außerdem würde auch der mit dem Kredit finanzierte Erwerb von Grund und Boden in die Betrachtung einbezogen werden. Die Anschaffung von Grund und Boden diene aber der Vermögensbildung.

4.4 Bei Zusammentreffen von unselbständiger und selbständiger Tätigkeit ist noch zu berücksichtigen, dass Verluste aus selbständiger Tätigkeit bei Berechnung der Unterhaltsbemessungsgrundlage in der Regel nicht berücksichtigt werden können ([7 Ob 197/07q](#)).

4.5 Im vorliegenden Fall sind die Vorinstanzen (wie der gerichtliche Sachverständige) hinsichtlich der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zunächst von den Einkommenssteuerbescheiden ausgegangen. Der Vater weist dazu zutreffend darauf hin, dass die Zinszahlungen auf die endfälligen Kredite bereits in den Einnahmen-Ausgabenrechnungen berücksichtigt sind. Die Vorinstanzen haben auch die Gebäude-AfA (verteilt auf die Nutzungsdauer) zugunsten des Vaters berücksichtigt. So hat der Sachverständige in der von den Vorinstanzen zugrunde gelegten Berechnungsvariante die AfA laut den Überschussrechnungen zwar den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (laut Einkommensteuerbescheiden) hinzugezählt, davon aber wieder „die Verteilung der Investition“, das heißt die AfA verteilt auf die vom Sachverständigen herangezogene Nutzungsdauer, abgezogen. Der Vater strebt mit seinem Revisionsrekurs demgegenüber offenbar die zusätzliche Berücksichtigung der (endfälligen) Kreditverbindlichkeiten an. Zudem will er nicht nur die AfA, sondern auch die Reparaturrücklagen abgezogen wissen. Weiters tritt er der Ausklammerung des auf die Liegenschaft entfallenden Wertanteils von 20 % entgegen.

Diese Ansätze des Vaters entsprechen nicht den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. In der Entscheidung [4 Ob 218/08z](#) wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die beiden diskutierten Berechnungsmethoden nicht kombiniert werden können. Würden nämlich die AfA und der Zinsaufwand einerseits und die Aufwendungen für die Kreditrückzahlungen andererseits kumulativ von den erzielten Einkünften abgezogen, so würde dies zu einer doppelten Minderung der Bemessungsgrundlage führen. Unrichtig ist auch die Ansicht des Vaters,

dass für die Entscheidung [4 Ob 218/08z](#) maßgeblich gewesen sei, dass der Unterhaltsschuldner auf die Auszahlung einer Lebensversicherung zurückgegriffen habe.

5. Insgesamt zeigt der Vater somit weder zur Berücksichtigung der Fahrtkosten noch zum Abzug der Investitionen in das von ihm vermietete Objekt eine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des [§ 62 Abs 1 AußStrG](#) auf. Der Revisionsrekurs war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf [§ 78](#) iVm [§ 101 Abs 2 AußStrG](#), wonach im Verfahren über die Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder ein Kostenersatz nicht stattfindet ([8 Ob 93/11a](#)).

European Case Law Identifier

ECLI:AT:OGH0002:2013:00800B00063.13T.0730.000

Redaktioneller Hinweis: Im obigen Text wurden jene Passagen **farbig** hervorgehoben, die für den Autor von www.alimente.wien wesentlich erscheinen. Zusätzlich wurden die Entscheidungen und Paragraphen intern verlinkt um Ihnen das Studium zu erleichtern. Bitte beachten Sie die [Nutzungsbedingungen](#) und den [Haftungsausschluss](#) von www.alimente.wien.