

→ In Kürze

Wird eheliche Errungenschaft den Ehegatten nicht zu (annähernd) gleichen Teilen sachenrechtlich zugeordnet, verliert der Nichteigentümerehegatte (aber auch dessen Kinder) im Fall des Todes des anderen Ehegatten seinen angemessenen Anteil an der Errungenschaft, der ihm im Fall von Eheauflösung und Aufteilungsverfahren zustünde. Für diese Problematik gibt es mehrere durchaus kontrovers diskutierte Lösungsansätze.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Edwin Gitschthaler ist Hofrat des Obersten Gerichtshofs und Chefredakteur der EF-Z.

E-Mail: edwin.gitschthaler@justiz.gv.at



Die neue Unterhaltsberechnung nach 4 Ob 150/19 s – eine verfassungsrechtliche Perspektive

Der OGH nahm die Einführung des Familienbonus Plus (FaBo+) zum Anlass, die Unterhaltsberechnung neu aufzustellen. Allerdings wirft das neue Modell verfassungsrechtliche Fragen auf. Der vorliegende Beitrag soll die Vorgaben des VfGH zum Kindesunterhalt analysieren und die neue Berechnung auf ihre Kompatibilität damit zu untersuchen.¹⁾

Von Dominik Schindl

A. Zivilrechtliche Unterhaltsbemessung

Eltern haben zur Deckung der Bedürfnisse ihres Kindes entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit anteilig beizutragen (§ 231 ABGB).²⁾ Wer den Haushalt führt, in dem das Kind lebt, leistet seinen Beitrag dadurch,³⁾ der andere schuldet GeldUh.

In der Praxis hat sich dazu ein *UhBerechnungsmodell* herausgebildet. Je nach Alter des *UhBer* schuldet der *GeldUhPfl* 16% bis 22% seines Nettoeinkommens.⁴⁾ Dieser „ProzentUh“ muss uU noch gekürzt werden.⁵⁾ Im Ergebnis lautet die Formel für den effektiven zu leistenden *Uh*:⁶⁾

$$\text{Geschuldeter Uh} = \text{ProzentUh} - (\text{ProzentUh} \times \text{Grenzsteuersatz} \times 0,004) + \text{Steuerersparnis durch Kind}$$

Zumindest für *Mj*⁷⁾ soll das aber der Vergangenheit angehören. Der 4. Senat⁸⁾ nahm die Einführung des

FaBo+⁹⁾ zum Anlass, die *UhBerechnung* auf neue Beine zu stellen. Zahlreiche in dieselbe Richtung gehende Entscheidungen anderer Senate¹⁰⁾ legen dabei eine Koordinierung der Höchsttrichter nahe.¹¹⁾ Für die ordentlichen Gerichte dürfte die Sache damit abgeschlossen sein, man wird von gefestigter *Rsp* sprechen können.¹²⁾

Allerdings hat all das auch eine „verfassungsrechtliche Schlagseite“:¹³⁾ Die *UhFormel* war nämlich Ergebnis einer Reihe von Erkenntnissen des VfGH,¹⁴⁾ weshalb die Entscheidung des OGH auch aus öffentlich-rechtlicher Perspektive Aufmerksamkeit verdient. Ziel dieses Beitrags ist, die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu analysieren und die neue *UhBerechnung* auf ihre Kompatibilität damit zu untersuchen.

B. Vorgaben des VfGH

Ausgangspunkt ist die aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Grundwertung des VfGH, dass ein *GeldUhPfl* weniger Steuern zahlen soll als eine gleich verdienende

EF-Z 2020/65

§ 231 ABGB;
§ 33 Abs 3 a EStG

OGH 11. 12. 2019,
4 Ob 150/19 s

Familienbonus
Plus;

Unterhalts-
berechnung;

Transfer-
leistungen;

Verfassungsrecht

1) Der Verfasser dankt Univ.-Ass. Peter Gruber, LL.M. (WU) BSc (WU) für seine wertvollen Hinweise.

2) Siehe den Überblick bei Hinteregger, Familienrecht⁹ (2019) 205 ff; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ (2019) 545 ff; Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 1762 ff.

3) Nur ausnahmsweise muss er auch *GeldUh* leisten (§ 231 Abs 2 Satz 2 ABGB).

4) 0–6 Jahre: 16%, 6–10 Jahre: 18%, 10–15 Jahre: 20%, über 15 Jahre: 22%; bei weiteren *UhPfl* werden je Kind 1–2, je (ehemaligem) Ehegatten/eingetragenen Partner 0–3 Prozentpunkte abgezogen (zu all dem Gitschthaler, Unterhaltsrecht⁴ [2019] Rz 538 ff; Neuhauser in Schwimann/Kodek⁵ § 231 Rz 141 ff; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁹ [2019] 143 ff).

5) Dazu B.

6) Gitschthaler, Unterhaltsrecht⁴ Rz 757, 759 a; zur Entwicklung ders, Unterhaltsrecht¹ (2001) Rz 337; ders, Familienbeihilfe, Kindesunterhalt und der Oberste Gerichtshof, ÖJZ 2003, 821 (829 f).

7) Ob das auch für Volljährige gilt, ließ der OGH explizit offen; angesichts des weit geringeren FaBo+ (€ 41,68 statt € 125,- mtl, § 33 Abs 3 a Z 1 EStG) gelten die dargelegten Bedenken aber umso mehr.

8) 4 Ob 150/19 s EvBl 2020/8 (Brenn) = Zak 2020/9 (Kolmasch).

9) Jahressteuergesetz 2018 BGBl I 2018/62.

10) Etwa 1 Ob 171/19 g; 3 Ob 154/19 x; 6 Ob 208/19 k; 10 Ob 65/19 k. Frühere Entscheidungen (5 Ob 236/18 v; 5 Ob 92/19 v Zak 2019/597 [Kolmasch] = EF-Z 2019/151 [Gitschthaler]; 4 Ob 139/19 y EF-Z 2019/151 [Gitschthaler]) gehen zwar in eine andere Richtung, lassen aber noch vieles offen.

11) P. Gruber/Spitzer, Judikaturwende beim Kindesunterhalt – alles neu durch FaBo+, ÖJZ 2020, 140 (142); zu senatsabhängig divergierender *Rsp* im *UhRecht* auch P. Gruber, EvBl 2018/58 [Entscheidungsanmerkung].

12) So P. Gruber/Spitzer, ÖJZ 2020, 140 (142).

13) P. Gruber/Spitzer, ÖJZ 2020, 140 (144); s auch dies, Kindern steht rückwirkend mehr Unterhalt zu, Die Presse v 13. 1. 2020.

14) Insb VfSlg 12.940/1991; 12.941/1991; 13.067/1992; 14.992/1997; 15.023/1997; 16.026/2000; 16.226/2001; 16.562/2002; instruktiver Überblick bei Ruppe, Familienbesteuerung und Verfassungsgerichtshof, ÖStZ 2003, 148.

Person ohne Kinder,¹⁵⁾ weil die UHPflicht die persönliche Leistungsfähigkeit schmälert.¹⁶⁾ Da Kinder¹⁷⁾ zwar tw „*Folge privater Lebensgestaltung*“¹⁸⁾ sind, aber eben auch „*Interessen der Allgemeinheit*“¹⁹⁾ dienen, müsse zumindest das halbe für den Uh aufgewendete Einkommen steuerfrei bleiben.²⁰⁾

Wie der Gesetzgeber diesen Zustand herstellt, ist ihm überlassen: So darf er das Einkommen des Geld-UHPf sehr wohl voll besteuern, wenn die nötige Entlastung auf anderem Weg erzielt wird. Bringen zB staatliche Transferleistungen wie die Familienbeihilfe (FBH)²¹⁾ und der Kinderabsetzbetrag (KAbsB)²²⁾ als eine Art „refundierte Steuer“ die geforderte Entlastung, ist auch diese Lösung zulässig.²³⁾

Das funktioniert dort problemlos, wo die Eltern im gemeinsamen Haushalt leben.²⁴⁾ Sind sie getrennt, profitiert der GeldUHPf aber nur vom wesentlich geringeren UHAbsB (UHAbsB),²⁵⁾ der Rest fließt dem betreuenden Elternteil zu. FBH und KAbsB müssen dann „im Umweg“ herangezogen werden, um die nötige Steuerentlastung zu gewährleisten: Sie werden im erforderlichen Ausmaß auf den GeldUh angerechnet.²⁶⁾ Dafür sorgt die eingangs erwähnte UhFormel.²⁷⁾

C. Das neue Unterhaltsmodell

1. Grundsätzliches

Die Einführung des FaBo+ warf die Frage auf, wie dieser echte Steuerabsetzbetrag in die Formel integriert wird,²⁸⁾ ein Problem, das sich ähnlich schon beim Kinderfreibetrag (KFB)²⁹⁾ gestellt hat. Der OGH wählte zur

- 15) VfSlg 12.940/1991, Pkt VI.1. und 2.; krit *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 617 f; zum Thema *Hanslik*, Grundrechtliche Anforderungen an eine Familienbesteuerung (1999).
- 16) Zum Leistungsfähigkeitsprinzip in der Einkommenssteuer *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I¹² (2019) Rz 22.
- 17) In VfSlg 12.940/1991 waren noch Sympathien für ähnliche Überlegungen zu Ehegatten zu erkennen. Mit VfSlg 13.067/1992, Pkt II.2., sprach der VfGH allerdings aus, dass EhegattenUh allein „*Sache privater Lebensgestaltung oder persönlichen Risikos*“ sei; er muss daher steuerrechtl nicht berücksichtigt werden.
- 18) VfSlg 14.992/1997, Pkt III.3.c.dd.
- 19) VfSlg 12.940/1991, Pkt VI.2.
- 20) VfSlg 14.992/1997, Pkt III.3.c.dd; die andere Hälfte ist „*Selbstbehalt eigener Art*“ (VwSlg 7714 F/2002).
- 21) Heute §§ 2 ff FLAG.
- 22) Heute § 33 Abs 3 EStG.
- 23) VfSlg 12.940/1991, Pkt III.
- 24) VfSlg 16.026/2000, Pkt III.4.1.: FBH und KAbsB werden zwar dem haushaltsführenden, also nicht gelduhpfli Elternteil ausbezahlt (heute § 2 Abs 2 Satz 1 FLAG, § 33 Abs 3 EStG), kommen im gemeinsamen Haushalt aber beiden zugute.
- 25) Heute § 33 Abs 4 Z 3 EStG.
- 26) VfSlg 16.226/2001. Die Reaktionen darauf fielen unterschiedlich aus: Teils wurde sie als „*steuerrechtlich gelenkte Bombe*“ tituliert (*Holzner*, Familienbeihilfe und Unterhalt, ÖJZ 2002, 444 [446]), andere bezeichneten sie als „*innovativ*“ (*Zorn*, Kindesunterhalt und Verfassungsrecht, SWK 2001, 799 [809]) oder „*wohl durchdacht*“ (*Gitschthaler*, Familienbeihilfe und deren Anrechnung auf Kinderunterhaltsansprüche, JBl 2003, 9 [10]).
- 27) Ursprünglich hatten die ordentlichen Gerichte Bedenken gegen die methodische Vorgehensweise des VfGH (dazu etwa *Wilhelm*, Familienbeihilfe und Kindesunterhalt bei Haushaltstrennung – VfGH und OGH streiten um die Methode, eolex 2002, 84), nach Aufhebung des § 12 a HS 2 FLAG (VfSlg 16.562/2002) war eine Anrechnung aber möglich.
- 28) Dazu insb die in 4 Ob 150/19 s EvBl 2020/8 (*Brenn*) = Zak 2020/9 (*Kolmasch*), Pkt 4.1., referierten Ansichten.
- 29) Einführung: Steuerreformgesetz 2009 BGBl I 2009/26; Erhöhung: Steuerreformgesetz 2015/2016 BGBl I 2015/118. Zur Modifikation der Formel *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 757, 759 a; 6 Ob 240/17 p EF-Z 2018/67 (*Gitschthaler*) = Zak 2018/198 (*Kolmasch*); krit

allgemeinen Überraschung einen anderen Weg – er adaptierte die Formel nicht, sondern verwarf sie gleich zur Gänze, sodass gilt:

$$\text{Geschuldeter Uh} = \text{ProzentUh}$$

Das ist kürzer und zweifellos auch einfacher als bisher. Der gestrichene Teil war aber gerade zur Anrechnung von FBH und KAbsB notwendig. Um den Vorgaben des VfGH gerecht zu werden, müssten im neuen Modell also allein die dem GeldUHPf direkt zufließenden Transferleistungen (bzw Steuererleichterungen) die steuerliche Hälftefreistellung des Uh bewirken.

Diese Transferleistungen sind der schon bekannte UHAbsB und der neu eingeführte FaBo+: Die Höhe des UHAbsB ist abhängig von der Anzahl der Kinder,³⁰⁾ der FaBo+ beträgt für Mj € 125,- mtl.³¹⁾ Weil der FaBo+ aber häufig zw den Eltern geteilt werden wird,³²⁾ profitiert der GeldUHPf im Regelfall nur von der Hälfte.³³⁾ In Summe belaufen sich die Transferleistungen für ein mj Kind daher mtl auf:

1. Kind	2. Kind	Jedes weitere Kind
€ 91,70	€ 106,30	€ 120,90

Tabelle 1: Transferleistungen

Abhängig von der Progressionsstufe, in der sich der GeldUHPf befindet, kann damit zurückgerechnet werden, bis zu welcher UhHöhe die vom VfGH geforderte Hälftefreistellung sichergestellt ist:³⁴⁾

Grenzsteuersatz (Einkommen) ³⁵⁾	€ 91,70 (1. Kind)	€ 106,30 (2. Kind)	€ 120,90 (jedes weitere Kind)
25% (bis € 18.000,-)	€ 917,- ³⁶⁾	€ 1.063,-	€ 1.209,-
35% (bis € 31.000,-)	€ 655,-	€ 759,29	€ 863,57
42% (bis € 60.000,-)	€ 545,83	€ 632,74	€ 719,64
48% (bis € 90.000,-)	€ 477,60	€ 553,65	€ 629,69
50% (ab € 90.000,-)	€ 458,50	€ 531,50	€ 604,50

Tabelle 2: Entlasteter Uh³⁷⁾

- Tews*, Neue Kürzungsformel für die Anrechnung der Familienbeihilfe, EF-Z 2015, 169.
- 30) 1. Kind: € 29,20; 2. Kind: € 43,80; jedes weitere Kind: € 58,40 (§ 33 Abs 4 Z 3 EStG).
- 31) § 33 Abs 3 a Z 1 lit a EStG.
- 32) § 33 Abs 3 a Z 3 lit c EStG.
- 33) *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 759 d. Die Möglichkeit der Auft 90:10 (§ 124 b Z 336 EStG) wird nicht betrachtet, weil sie bis 2021 befristet und nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist; insb darf das Kind maximal zehn Jahre alt sein (*Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 231 Rz 205 FN 1126; *ders*, Einige Auswirkungen des Familienbonus Plus auf die Bemessung des Kindesunterhalts, iFamZ 2018, 196 [197 FN 14]).
- 34) Nämlich durch Gleichsetzung der Transferleistungen mit dem Ausdruck $\text{ProzentUh} \times \text{Grenzsteuersatz} \times 0,004$; das ist jener Bestandteil der Anrechnungsformel, der den zu refundierenden Steuerbetrag ausdrückt.
- 35) § 33 Abs 1 EStG. Bis zu einem Einkommen von € 11.000,- wird keine Steuer geschuldet, ab € 1.000.000,- beträgt der Grenzsteuersatz 55% (befristet bis 2020; hier außer Acht gelassen).
- 36) $917,- = 25 \times 0,004 = 91,70$.
- 37) Zu berücksichtigen ist, dass die Transferleistungen mit steigender Kindesanzahl höher werden, nicht aber der ProzentUh. Es ist daher

Umgekehrt bedeutet das aber: Liegt der festgesetzte Uh über diesen Beträgen, wird das neue Modell den Vorgaben des VfGH nicht gerecht!

2. Unproblematische Fälle

Damit stellt sich die Frage, wie groß das Problem tatsächlich ist, also wann diese Beträge überschritten werden. Einige Fallgruppen können dabei schon vorweg ausgeschieden werden.

Einerseits hängt der ProzentUh nämlich von der UBGr, also primär vom steuerrechtl Einkommen ab. In der Progressionsstufe 35% ist es dabei kaum vorstellbar, dass der Uh die genannten Beträge erreicht. Selbst zugunsten des UhBer gerundet³⁸⁾ übersteigt er nämlich im Normalfall die für diese Steuerklasse relevanten € 655,- nicht.

mtl Bruttoverdienst	€ 3.155,-
nach Sozialversicherung	€ 2.583,31
Steuerbemessungsgrundlage	€ 30.999,72 ³⁹⁾
Progressionsstufe	gerade noch 35%
mtl Netto	€ 2.097,25
UBGr	€ 2.510,01 ⁴⁰⁾
höchster ProzentUh (22%)	€ 552,20
Entlastung bis	€ 655,-

Beispiel 1⁴¹⁾

Andererseits ist der Uh – unabhängig vom tatsächlich errechneten ProzentUh – mit dem sog UhStopp gedeckelt.⁴²⁾ Bei unter 3-Jährigen liegt dieser bei € 424,-,⁴³⁾ was in keiner Steuerklasse Probleme verursacht.

Das neue Modell entspricht den Vorgaben des VfGH also jedenfalls dann, wenn sich der GeldUhPfl in der Steuerstufe 35% oder darunter befindet. Aber auch in den höheren Progressionsstufen wird der halbe Uh entlastet, wenn das Kind unter 3 Jahre alt ist.

3. Problematische Fälle

In der drüberliegenden Altersklasse (3- bis 6-Jährige) liegt der UhStopp allerdings bei € 544,-,⁴⁴⁾ die zwar in der Steuerklasse 42% noch entlastet werden. In der nächsten Progressionsstufe (48%), wo wegen der hohen UBGr meist der MaximalUh zu leisten ist, dürfte er aber höchstens € 477,60⁴⁵⁾ betragen.

Nun könnte man einwenden, dass das ohnehin nur bei einem Bruttoverdienst von über € 60.000,- der Fall ist und es insofern „keinen Armen“ trifft.⁴⁶⁾ Allerdings spitzt sich die Lage bei älteren Kindern zu, weil einerseits ProzentUh und andererseits UhStopp steigen.⁴⁷⁾ Schon bei einem Bruttoverdienst von € 4.000,- mtl liegt der Uh bei 6- bis 10-Jährigen gerade an der Grenze. Bereits in der nächsten Altersklasse ist die verfassungsrechtl gebotene Hälfteentlastung nicht mehr gewährleistet.

mtl Bruttoverdienst	€ 4.000,-
nach Sozialversicherung	€ 3.275,20
Steuerbemessungsgrundlage	€ 39.302,40 ⁴⁸⁾

Progressionsstufe	klar ⁴⁹⁾ 42%
mtl Netto	€ 2.499,67
UBGr	€ 3.022,15
ProzentUh 6- bis 10-Jähriger (18%)	€ 543,99
ProzentUh 10- bis 15-Jähriger (20%)	€ 604,43
Entlastung bis	€ 545,-

Beispiel 2

4. Erste Bewertung

Damit zeigt sich: Es gibt eine beträchtliche Anzahl von Konstellationen, in denen das neue Modell nicht den halben Uh steuerfrei stellt. Das ist schon bei 3- bis 6-Jährigen vorstellbar, spätestens bei 6- bis 10-Jährigen trifft es aber nicht mehr bloß „Großverdiener“: Je älter das Kind und damit je höher der ProzentUh, desto geringer das Einkommen, bei dem keine Bedenken bestehen.

Dazu kommt ein zweiter Aspekt: In den verfassungsrechtl problematischen Fällen benachteiligt das neue Modell den GeldUhPfl auch im Vergleich zur Rechtslage vor dem FaBo+.⁵⁰⁾ Das kann anhand des obigen Beispiels eines 10- bis 15-Jährigen mit ProzentUh € 605,- illustriert werden. Früher erhielt der Geld-

sachgerecht, die Entlastung nicht für jedes Kind einzeln zu beurteilen, sondern die Summe der UhVerpflichtungen den insgesamt erhaltenen Transferleistungen gegenüberzustellen (so auch der VfGH in VfSlg 16.226/2001, Pkt III.2.). In der Steuerklasse 35% dürfte bspw der Uh für zwei Kinder *insgesamt* maximal € 1.414,29 betragen, unabhängig von seiner konkreten Höhe für jedes einzelne.

- 38) Der berechnete Uh ist auf € 5,- oder € 10,- zu runden (*Gitschthaler*, Unterhaltsrechtl⁴ Rz 536 a).
- 39) 2.579,22 x 12 = 30.950,64. Die Rsp dazu, welcher der maßgebliche Grenzsteuersatz ist, ist uneinheitlich (Nachweise bei *Gitschthaler*, Unterhaltsrechtl⁴ Rz 749; weiters *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrechtl⁹ 155). Hier wurde er unter Ausklammerung des 13. und 14. Monatsgehalts (wohl stRsp) und Sozialversicherungsbeiträgen (unklar) ermittelt. Würde man die Sozialversicherungsbeiträge miteinberechnen, wäre der jew nächsthöhere Grenzsteuersatz bei geringerem Einkommen anzusetzen; der GeldUhPfl wäre dann aber nur schon früher in höherem Ausmaß zu entlasten (*Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrechtl⁹ 155 FN 290).
- 40) Sonderzahlungen sind (anteilmäßig) in die UBGr miteinzubeziehen; RIS-Justiz RS0047489 (T 2); *Hopf* in KBB⁵ § 231 Rz 13; damit UBGr = (12 x Monatsnetto + 13. Netto + 14. Netto)/12.
- 41) Sämtliche Beispielsrechnungen beziehen sich auf Einzelkinder. Die Brutto-Netto-Rechnung folgt dem Rechner des BMF (https://rechner.cpulohn.at/bmf.gv.at/familienbonusplus/#bruttoNetto_familienbonus [13. 02. 2020]); dabei fließen FaBo+ und UhAbsB nicht in die UBGr ein (4 Ob 150/19s EvBl 2020/8 [Brenn] = Zak 2020/9 [Kolmasch], Pkt 5.2.; zum UhAbsB vor dieser Entscheidung FN 52). Klar ist, dass es sich um schematische Rechnungen für unselbstständig Beschäftigte handelt, tatsächlich könnten die UBGr und damit der Uh wegen weiterer Steuerbegünstigungen oder zusätzlicher geringer oder nicht versteuerter Einkünfte höher sein. Die in der Folge aufgezeigten Bedenken sind dann umso mehr angezeigt.
- 42) Selbst wenn der ProzentUh höher ist, wird nur der UhStopp zugesprochen, um eine pädagogisch schädliche Überalimentierung zu verhindern (*Gitschthaler*, Unterhaltsrechtl⁴ Rz 558 ff).
- 43) *Gitschthaler*, Unterhaltsrechtl⁴ Rz 562.
- 44) *Gitschthaler*, Unterhaltsrechtl⁴ Rz 562.
- 45) Beim ersten Kind.
- 46) Zu diesem Argument aber noch bei FN 70.
- 47) Zum ProzentUh FN 4. Der UhStopp beträgt dzt altersabhängig € 424,- (bis 3), € 544,- (bis 6), € 700,- (bis 10), € 998,- (bis 15) oder € 1.178,- (bis 19); *Gitschthaler*, Unterhaltsrechtl⁴ Rz 562.
- 48) 3.275,20 x 12 = 39.302,40.
- 49) Im Grenzbereich zw zwei Progressionsstufen wäre die Entlastungswirkung für beide Steuerklassen, aus denen der Uh geleistet wird, getrennt zu errechnen (*Gitschthaler*, Unterhaltsrechtl⁴ Rz 753).
- 50) Siehe auch die Modellrechnung bei *P. Gruber/Spitzer*, ÖJZ 2020, 140 (142f).

UhPfl € 39,70⁵¹⁾ an Transferleistungen, der Uh betrug somit gerundet € 545,-.⁵²⁾

$Geschuldeter\ Uh = ProzentUh - (ProzentUh \times Grenzsteuersatz \times 0,004) + Steuerersparnis\ durch\ Kind$

$Geschuldeter\ Uh = 605 - (605 \times 42 \times 0,004) + 39,70 = 543,06$

Nach dem neuen Modell zahlt er dagegen den vollen ProzentUh von € 605,-, also um € 60,- mehr. Der zusätzliche Steuervorteil durch den FaBo+ beträgt dagegen nur € 52,-.⁵³⁾ Der GeldUhPfl steht also *schlechter* als vor Einführung des FaBo+.⁵⁴⁾

D. Rechtfertigung

1. Normzweck

Dass der OGH diesen Weg trotzdem wählt, begründet er mit Normzwecküberlegungen. So sei es Ziel des FaBo+, die verfassungsrechtl Vorgaben nunmehr alleine im Steuerrecht umzusetzen.⁵⁵⁾ Das folge aus den Mat zum Jahressteuergesetz 2018,⁵⁶⁾ die zwar nicht explizit auf die einschlägigen VfGH-Erkenntnisse verweisen,⁵⁷⁾ aber eine „*ident formulierte Zielsetzung*“⁵⁸⁾ hätten.

Die Mat stellen aber auch – und das ausdrücklich – eine „*substantielle Steuerentlastung*“⁵⁹⁾ in Aussicht. Das

neue UhModell führt aber wie gerade gezeigt dazu, dass der GeldUhPfl in vielen Fällen sogar schlechter steht als vorher. Dabei kann es wohl kaum iS des Gesetzgebers sein, aus der Steuerentlastung eine faktische Belastung zu machen.

2. Pauschalierung

Die Begründung ist daher nicht zwingend, womöglich überzeugt aber zumindest das Ergebnis: Für das neue Modell spricht ja sicherlich seine Einfachheit. Dafür müsste aber noch der aufgezeigte verfassungsrechtl Konflikt – die Hälftefreistellung des Uh ist ja nicht mehr überall gewährleistet – ausgeräumt werden. Der OGH deutet das auch an: Der FaBo+ sei als zulässige „*pauschalierende gesetzgeberische Maßnahme*“ anzusehen, bei der es trotz der Vorgaben des VfGH „*durchaus zu einer Schlechterstellung bestimmter Gruppen von Betroffenen*“⁶⁰⁾ kommen dürfe.

Daran stimmt jedenfalls, dass der VfGH einzelne Abweichungen von der Hälfteentlastung akzeptiert.⁶¹⁾ Diese ging sich in seiner Vorjudikatur zwar bei 15- bis 19-Jährigen⁶²⁾ noch aus (Tabelle 3), bei Volljährigen waren aber einzelne Fälle denkbar, in denen sie knapp nicht erreicht wurde. Der MaximalUh beträgt nämlich 250%⁶³⁾ des sog Regelbedarfs,⁶⁴⁾ weshalb Transferleistungen mit einer Entlastungswirkung ab 125% des Regelbedarfs den halben Uh jedenfalls freistellen. Konkret lag die Entlastungswirkung bei volljährigen Einzelkindern aber nur bei 120%.⁶⁵⁾

Dieselben Berechnungen für die jetzige Situation zeigen aber ein gänzlich anderes Bild: Weder sind die Abweichungen geringfügig, noch betreffen sie nur einzelne Altersklassen. Die Entlastung beträgt bspw bei 15- bis 19-Jährigen, wo sie damals jedenfalls ausreichte, nur zw 49% und 64% statt der nötigen 125% des Regelbedarfs (Tabelle 4). Das scheint doch etwas viel an Durchschnittsbetrachtung: Dadurch wird nämlich gerade ein Viertel bis ein Fünftel des MaximalUh steuerfreigestellt.

51) UhAbsB und Ersparnis durch KFB; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 759 c.

52) Zu Zwecken der Vergleichbarkeit wird die – damalige – Erhöhung der UBGr durch den UhAbsB (*Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 284) außer Acht gelassen; der Uh wäre beim Einzelkind dadurch um etwa € 5,- höher gewesen. Ob auch der KFB die UBGr erhöht hätte, wurde in 3 Ob 100/15 z, Pkt 1.4. c. explizit offengelassen (mit beachtlichen Argumenten dagegen *Tews*, EF-Z 2015, 169).

53) Statt € 39,70 betragen die Transferleistungen jetzt € 91,70 (beim ersten Kind; s Tabelle 1).

54) Der 5. Senat bezeichnete Ergebnisse, bei der die Erhöhung des Uh über das Ausmaß des tatsächlich bezogenen FaBo+ hinausging, noch als „*abwegig*“ (5 Ob 92/19 v Zak 2019/597 [*Kolmasch*] = EF-Z 2019/151 [*Gitschthaler*], Pkt 3.6.). Bei höheren Einkommen ist das fortan die Regel! Hätte man den FaBo+ dagegen in die Formel integriert, also als Steuerersparnis € 91,70 statt € 39,70 eingesetzt, wäre der Uh mit gerundet € 595,- festzusetzen gewesen; der GeldUhPfl hätte zumindest nicht draufgezahlt.

55) 4 Ob 150/19 s EvBl 2020/8 (*Brenn*) = Zak 2020/9 (*Kolmasch*), Pkt 5.1 bis 5.4.

56) ErläutRV 190 BlgNR 26. GP.

57) Dabei fällt auf, dass an anderer Stelle sehr wohl auf VfGH-Rsp verwiesen wird (ErläutRV 190 BlgNR 26. GP 19, 33, 54, 57), einmal sogar iZm der steuerlichen UhEntlastung (ErläutRV 190 BlgNR 26. GP 9): Der FaBo+ soll nämlich für Kinder aus Drittstaaten (außerhalb der EU, des EWR und der Schweiz) deshalb nicht zustehen, weil hier nach VfSlg 18.791/2009 und den LStR 2002 Rz 866 der halbe Uh steuerrechtl als außergewöhnliche Belastung anzuerkennen ist. Das spricht tatsächlich dafür, dass die Hälfteentlastung in allen anderen Fällen (auch) durch den FaBo+ besorgt werden soll. Eine gänzliche Aufgabe der Anrechnung ergibt sich daraus aber nicht zwingend. So ist auch nach *Kolmasch*, Die Anrechnung der Familienbeihilfe auf den Kindesunterhalt ab 2019, Zak 2018, 324; *ders*, Familienbonus und Unterhalt – zwischen Zweck und Verteilungsfragen, Zak 2019, 144; *ders*, Zak 2019/597 (Entscheidungsanmerkung), der FaBo+ zur Steuerentlastung heranzuziehen; wo er nicht ausreicht, soll aber weiterhin angerechnet werden (s das Beispiel in FN 54). Das neue Modell führt stattdessen zur skurrilen Situation, dass besserverdienende GeldUhPfl mit Kindern in Österreich schlechter stehen als mit Kindern in Drittstaaten!

58) 4 Ob 150/19 s EvBl 2020/8 (*Brenn*) = Zak 2020/9 (*Kolmasch*), Pkt 5.1.

59) ErläutRV 190 BlgNR 26. GP 1. Insofern meinen *Gitschthaler*, Familienbonus Plus und Unterhaltsrecht, EF-Z 2019, 116 (117 f); *ders*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 759 c; diesem folgend *P. Gruber/Spitzer*, ÖJZ 2020, 140 (141 f); und *Tews*, „Familienbonus Plus“ – Ende der Familienbeihilfen-Anrechnung? EF-Z 2019, 8 (9, 12), dass der FaBo+ seiner Zwecksetzung nach sogar zur Gänze beim GeldUhPfl verbleiben müsse, der Uh sich also im Wesentlichen nicht ändere.

Nach *Gitschthaler* hätte der FaBo+ zumindest die UBGr erhöht, *Tews* rechnet ihn sogar dort hinaus.

60) 4 Ob 150/19 s EvBl 2020/8 (*Brenn*) = Zak 2020/9 (*Kolmasch*), Pkt 5.5.

61) VfSlg 16.026/2000, Pkt III.4.4.; ohne allerdings konkret darauf hinzuweisen.

62) Die Altersschwelle liegt beim MaximalUh bei 19 Jahren, weil er vom Regelbedarf (FN 64) abhängt und bei Entwicklung des Regelbedarfs die Volljährigkeitsgrenze bei 19 Jahren lag (krit zur Nichtanpassung schon *Barth/Neumayr* in *Klang*⁸ § 140 Rz 78). Tatsächlich sind die Transferleistungen und damit auch die Entlastungswirkung jetzt schon ab 18 Jahren geringer, als in der Tabelle ausgewiesen (s FN 7).

63) Bei Kindern ab 10 Jahren, darunter bei 200% (*Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 562).

64) Der Regelbedarf ist der Bedarf, „den jedes Kind einer bestimmten Altersstufe in Österreich ohne Rücksicht auf die konkreten Lebensverhältnisse seiner Eltern [...] hat“ (RIS-Justiz RS0047395); er ist eine „*reine Rechengröße*“ (*Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 570), die auf einer aus den 1970er-Jahren stammenden Untersuchung des Bedarfs einer Durchschnittsfamilie basiert und jährlich vom LGZ Wien mit dem Verbraucherpreisindex valorisiert herausgegeben wird (zuletzt 43 Nc 9/19 d).

65) Umgerechnet auf den reduzierten Steuersatz von 40% (dazu FN 67).

Regelbedarf/Jahr (15 bis 19): S 53.640,-	
Transferleistungen (FBH, KAbsB) ⁶⁶⁾	Entlastungswirkung
S 28.880,- (1. Kind)	S 72.000,- (= 134% des Regelbedarfs)
S 30.900,- (2. Kind)	S 77.250,- (= 144% des Regelbedarfs)
S 33.000,- (jedes weitere Kind)	S 82.500,- (= 154% des Regelbedarfs)

Tabelle 3: VfSlg 16.026/2000⁶⁷⁾

Regelbedarf/Jahr (15 bis 19): € 5.652,- ⁶⁸⁾	
Transferleistungen (UhAbsB, ½ FaBo+)	Entlastungswirkung
€ 1.100,40 ⁶⁹⁾ (1. Kind)	€ 2.751,- (= 49% des Regelbedarfs)
€ 1.275,60 (2. Kind)	€ 3.189,- (= 56% des Regelbedarfs)
€ 1.450,80 (jedes weitere Kind)	€ 3.627,- (= 64% des Regelbedarfs)

Tabelle 4: Situation jetzt

Gegen das neue Modell spricht außerdem, dass es Besserverdiener gleichsam systemimmanent benachteiligt. Eine steuerrechtl Nichtberücksichtigung des Uh kann nach dem VfGH aber gerade nicht damit gerechtfertigt werden, „daß die Tragung der Kinderlasten mit steigendem Einkommen leichter wird. Der ausschlaggebende Vergleich darf nicht zwischen Eltern mit niedrigerem und höherem Einkommen, sondern muß zwischen unterhaltspflichtigen Eltern und nicht unterhaltspflichtigen Personen gleicher Einkommensstufe gezogen werden.“⁷⁰⁾

Dass der VfGH selbst vorgeschlagen hat, die Anrechnung von Transferleistungen „pauschalierend vorzusehen und damit zu erleichtern oder den skizzierten Vorgaben durch andere – sachliche – Regelungen Rechnung zu tragen“⁷¹⁾ (auf diese Aussage scheint sich der OGH⁷²⁾ zu stützen) hilft dabei nicht weiter: Eine solche sachliche Regelung müsste ja auf der vom VfGH vorgegebenen Vergleichsbasis beruhen.

Führt man sich vor Augen, dass die Transferleistungen im obigen Beispiel jährlich € 2.826,-⁷³⁾ also tw mehr als das Doppelte ihrer tatsächlichen Höhe, betragen müssten, um den geforderten Entlastungseffekt zu bringen, kommt man auch nicht umhin, an die Härtefalljudikatur⁷⁴⁾ des VfGH zu denken. Demnach führen einzelne Härtefälle nicht per se zur Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes, sie müssen aber nicht hingenommen werden, „wo der Gesetzgeber bei Erlassung der Regelung mit derartigen Fallkonstellationen gerechnet hat oder hätte rechnen müssen und diese daher durch entsprechend differenzierte Regelungen vermeiden hätte können“.⁷⁵⁾ Das Problem der geforderten Hälfteentlastung ist indes seit nunmehr über 20 Jahren bekannt. Außerdem müssen Härtefälle eben die Ausnahme bleiben, sie dürfen von der Regelung nicht – als „Systemfehler“ – gerade schon mitgedacht sein.⁷⁶⁾

Dass die neue UhBemessung nicht auf den entsprechenden Bestimmungen zum FaBo+ selbst beruht, sondern bloß auf deren Auslegung, kann dabei im Ergebnis keine Rolle spielen. Dem einzelnen GeldUHPf wird es nämlich egal sein, ob seine Benachteiligung direkt auf der Norm oder „nur“ auf ihrer Interpretation basiert.

E. Fazit

Nach jüngster Rsp des OGH entfällt die Anrechnung von Transferleistungen auf den KindesUh. Diese beruhte aber auf Vorgaben des VfGH, womit sich die Frage nach der Verfassungskonformität des neuen Modells aufdrängt. Der OGH begnügt sich mit der Feststellung, dass die „Schlechterstellung bestimmter Gruppen von Betroffenen“ zumindest keine „offenkundige Verfassungswidrigkeit“⁷⁷⁾ begründe. Von der Hand zu weisen sind gewisse Spannungen aber nicht:

1. Die Nichtanrechnung von Transferleistungen führt schon in der Steuerklasse 42% ab festgesetzten UhBeträgen von etwa € 545,- mtl dazu, dass weniger als der – verfassungsrechtl geforderte – halbe Uh steuerfrei bleibt.

2. Das neue Modell führt damit zu einer generellen Benachteiligung von Besserverdienern. Das widerspricht den Vorgaben des VfGH, wonach der gleichheitsrechtl ausschlaggebende Vergleich zw Personen desselben Einkommens stattzufinden hat. →

66) Der VfGH rechnete damals mit FBH und KAbsB, weil er von im gemeinsamen Haushalt lebenden Eltern ausging; bei getrennt lebenden wurden diese Transferleistungen ja bisher auf den Uh angerechnet. Nach dem neuen Modell bleiben dem GeldUHPf dagegen nur der UhAbsB und der halbe FaBo+.

67) Pkt III.4.4. Konkret berechnete der VfGH die Entlastungswirkung für die Steuerklassen 41% und 50% jew ohne Herabsetzung des Steuersatzes. Er führte dann aber aus, dass es selbst in der höchsten Steuerklasse gereicht hätte, von einem Gesamtsteuersatz von 40% auszugehen, weil das zivilrechtl relevante Einkommen auch nicht oder geringer besteuerte Bestandteile enthält (zB KEST-endbesteuerte Kapitalerträge). Durch die Anrechnungsformel wurde daher der eingesetzte Grenzsteuersatz generell um 1/5 abgesenkt (Gitschthaler, ÖJZ 2003, 821 [827 f]; krit zur pauschalen Reduktion Zorn, SWK 2001, 799 [803 f]). Zu Zwecken der Vergleichbarkeit wurde in den Tabellen auf die relevanten 40% umgerechnet.

68) 471,- x 12.

69) 91,70 x 12.

70) VfSlg 12.940/1991, Pkt IV.2.

71) VfSlg 16.226/2001, Pkt III.2.

72) 4 Ob 150/19s EvBl 2020/8 (Brenn) = Zak 2020/9 (Kolmasch), Pkt 5.5.

73) 1177,50 (UhStopp) x 50 (Grenzsteuersatz) x 0,004 = 235,50 (mtl); zu diesem Ausdruck FN 34.

74) Allgemein Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1659.

75) Holoubek in Korinek/Holoubek et al, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Art 7/1 S 1, 2 (Sonderdruck) Rz 139.

76) Berka/Binder/Kneihls, Die Grundrechte² (2019) 540.

77) 4 Ob 150/19s EvBl 2020/8 (Brenn) = Zak 2020/9 (Kolmasch), Pkt 5.5.

3. Wo sich die nötige Entlastung nicht aushebt, entpuppt sich der FaBo+ für den GeldUhPfl außerdem als Danaergeschenk: Er steigt nämlich gar schlechter aus als vor der Einführung. Ob das mit dem Normzweck kompatibel ist, kann zumindest bezweifelt werden.

Der Weg zum VfGH ist jedenfalls vorgezeichnet.⁷⁸⁾ Sollte er die dargelegten Bedenken teilen, stellt sich zudem die Frage nach der weiteren Vorgehensweise. Ein Beharren auf der Anrechnung von Transferleistungen wäre wohl sinnlos, weil der OGH ihr eine Absage er-

teilt hat. Will der VfGH eine Pattstellung zulasten des GeldUhPfl vermeiden, bleibt wohl nur – wie schon zu Beginn seiner Rsp zur Familienbesteuerung – der Eingriff im Steuerrecht.

78) Nämlich derart, wie das Problem schon bisher zum VfGH gelangte: über Geltendmachung von UhLasten als außergewöhnliche Belastungen. Spätestens mit einer im Instanzenzug erhobenen Erkenntnisbeschwerde (Art 144 B-VG) wird sich der VfGH auseinandersetzen müssen.



→ In Kürze

- Nach jüngster Rechtsprechung des OGH entfällt die Anrechnung von Transferleistungen auf den Kindesunterhalt.
- Dagegen bestehen (auch verfassungsrechtliche) Bedenken.
- Die Nichtanrechnung von Transferleistungen kann schon in der Steuerklasse 42% dazu führen, dass weniger als die vom VfGH geforderte Hälfte des Unterhalts steuerfrei bleibt.
- Das neue Modell führt damit zu einer generellen Benachteiligung von Besserverdienern.

→ Wo sich die nötige Entlastung nicht aushebt, steigt der Unterhaltspflichtige außerdem gar schlechter aus als vor Einführung des Familienbonus Plus.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Mag. Dominik Schindl ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.
E-Mail: dominik.schindl@wu.ac.at

Masernpartys aus Sicht des Kindeswohls

Strafrechtliche Überlegungen zur Reichweite des elterlichen Erziehungsrechts bei Eingriffen in die körperliche Integrität des Kindes

EF-Z 2020/66

Art 8 EMRK;
§§ 138, 161 ABGB

Masernparty;
Impfen;
Kindeswohl;
Erziehungsrecht

Bei einer sogenannten Masernparty werden gesunde, nicht gegen Masern immunisierte Kinder mit Menschen zusammengeführt, die akut an Masern erkrankt sind. Ziel ist die Ansteckung der ungeimpften Kinder mit Masernviren, damit diese die Krankheit in einem Alter durchmachen, in dem es – statistisch gesehen – seltener zu komplizierten Verläufen kommt. Der erhoffte Vorteil liegt darin, dass die Kinder eine Immunität gegen die Krankheit entwickeln, ohne etwaige Risiken und Nebenwirkungen der Impfung in Kauf nehmen zu müssen. Gleichzeitig gibt es auch hartnäckige Mythen in impfkritischer Literatur, wonach sich das Durchmachen der Masern sogar positiv auf das kindliche Immunsystem auswirke. Nach derzeitigem Stand der medizinischen Wissenschaft sind Masern jedoch keine harmlose Kinderkrankheit. Der Beitrag widmet sich der Frage, ob Masernpartys vom Recht der Eltern über die gesundheitliche Versorgung ihrer Kinder autonom, dh frei von staatlicher Einmischung zu entscheiden, gedeckt sind.¹⁾

Von Lisa Cohen

A. Einleitung und Problemstellung

Impfungen sind eines der kontroversesten Themen überhaupt. Während die **Masernimpfung** von der medizinischen Fachgesellschaft als sichere Präventionsmaßnahme dringend empfohlen wird,²⁾ warnen Impfkritiker vor (vertuschten) schweren Langzeitfolgeschäden. Viele Eltern sind entsprechend verunsichert und lehnen die Impfung ab. Eine besondere Ausprägung

der Impfgegnerschaft stellen sog Masernpartys dar. Dabei werden gesunde, nicht gegen Masern immunisierte Kinder mit einem infektiösen Masernpatienten zusammengeführt, um eine Ansteckung bewusst zu

1) Ausf beschäftigt sich die Autorin mit dem Thema in *Cohen, Die Strafbarkeit von Masernpartys* (2020).

2) BMASGK, Impfplan Österreich 2020, 49 ff.