

eines Eisenbahnübergangs Parteistellung zu gewähren, zugänglich. Diese Auslegung ist auch wegen des Erfordernisses, eine Gesetzesbestimmung – soweit möglich – einer verfassungskonformen Auslegung zuzuführen, geboten (vgl VfSlg 13.805/1994; 15.128/1998; 15.199/1998; 16.635/2002; 19.754/2013).

1.4. Der VfGH geht davon aus, dass aus der in § 49 Abs 2 EibG vorgesehenen „sinngemäßen“ Anwendung des § 48 Abs 2 bis Abs 4 EibG folgt, dass nur jene Regelungen über die Kostenteilung auch auf die Entscheidung über die Kostentragung für Sicherungen Anwendung finden, die im Hinblick auf deren Unterschiede zu Anordnungen nach § 48 Abs 1 EibG in Betracht kommen. Sofern die in § 48 Abs 3 EibG genannten Kriterien für die Festlegung des Teilungsverhältnisses der seitens der Behörde ermittelten Kostenmasse für die gem § 49 Abs 2 Halbsatz 1 EibG im Einzelfall angeordnete Sicherung des Eisenbahnübergangs allesamt nicht in Betracht kommen, gilt der in § 48 Abs 2 EibG aufgestellte generelle Kostenteilungsgrundsatz der Tragung der Kosten je zur Hälfte. Eine unsachliche Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte ist darin nicht zu erblicken.

2. Für den VfGH besteht kein Zweifel an der ausreichenden Bestimmtheit des § 49 Abs 2 Halbsatz 2 EibG: Nach der Rechtsauffassung des VfGH folgt aus der Bestimmung des § 49 Abs 2 EibG unmissverständlich, dass die Kostenregelungen des § 48 Abs 2 bis Abs 4 EibG mit einer abweichenden Maßgabe für bestimmte Materialbahnen auf jede gem § 49 Abs 2 Halbsatz 1 EibG angeordnete Sicherung von schienengleichen Eisenbahnübergängen sinngemäß anzuwenden sind. Der Auslegung dahin, die Kostenteilung gem § 48 Abs 2 EibG bzw ein Verfahren nach § 48 Abs 3 EibG sei nur bei Änderungen, nicht aber bei der erstmaligen Anordnung der Sicherung vorgesehen, stehen der Wortlaut und der Zweck der Regelung entgegen. In die Kostenmasse sind – in sinngemäßer Anwendung des § 48 Abs 3 EibG – jene Kosten einzubeziehen, die für die jeweilige behördlich angeordnete Sicherung des schienengleichen Eisenbahnübergangs erwachsen. Gem § 48 Abs 4 EibG hat sich die Behörde bei der Kostenfestsetzung des Gutachtens einer Sachverständigenkommission zu bedienen.

VfGH 26. 2. 2020, G 179/2019 ua

Helmut Hörtenhuber/Stefanie Dörnhöfer

OGH und FaBo+, zweiter Akt

Anmerkung zu OGH 25. 6. 2020, 9 Ob 59/19w

ÖJZ 2020/122

Mit 9 Ob 59/19w zieht der OGH – aus Perspektive der ordentlichen Gerichte – einen Schlussstrich unter die Diskussion zur unterhaltsrechtlichen Behandlung des Familienbonus Plus (FaBo+): Der 9. Senat hat die neue, zu 4 Ob 150/19s für Minderjährige entwickelte Unterhaltsbemessung nun auch auf Volljährige ausgedehnt. Das Thema wird in näherer Zukunft aber wohl auch noch den VfGH beschäftigen, die Verfassungskonformität des neuen Modells ist nämlich keineswegs gesichert.

Ausgangspunkt

Vor etwa 30 Jahren entschied der VfGH, dass Unterhaltspflichten bei der Steuerbemessung zu berücksichtigen sind: Wer Kinder hat, soll nicht dieselbe Steuerlast tragen müssen wie ein Gleichverdiener ohne Kinder.¹⁾ Der Gleichheitssatz verlange, dass zumindest die Hälfte des Unterhalts aus steuerfreiem Einkommen bestritten werden kann.²⁾ **Wie** das erreicht wird, bleibt dabei dem Gesetzgeber überlassen: Besteuert er das Einkommen zur Gänze, gewährt aber im Gegenzug ausreichend hohe Transferleistungen³⁾ als eine Art „refundierte Steuer“, sei auch dieses System zulässig.⁴⁾

Der Großteil der Unterstützungsleistungen fließt allerdings dem Haushalt zu, in dem das Kind lebt, weshalb bei getrenntlebenden Unterhaltspflichtigen noch ein weiterer Schritt nötig war,

um die geforderte Entlastung sicherzustellen: Diese Transferleistungen wurden fiktiv als schon geleisteter Unterhalt behandelt und somit auf die eigentliche Unterhaltspflicht⁵⁾ angerechnet. Der tatsächlich zu leistende Betrag konnte dadurch im notwendigen Ausmaß reduziert werden, bis die Rechnung mit der steuerrechtlichen Hälfteentlastung aufging.⁶⁾

All das war an sich schon kompliziert und wurde mit der Zeit immer schwieriger. Nach jeder Änderung im Steuerrecht musste nämlich das fragile Gleichgewicht zwischen Steuer- und Unterhaltsrecht neu austariert werden, weshalb die **Unterhaltsformel** am Ende des Tages gar nicht mehr so einfach war, wie sich der VfGH das bei ihrer „Erfindung“ wohl gedacht hatte:⁷⁾

1) VfSlg 12.940/1991, Pkt VI.1 und 2.

2) VfSlg 14.992/1997, Pkt III.3.c.dd.

3) Bspw Familienbeihilfe.

4) VfSlg 12.940/1991, Pkt III.

5) Ausgangswert ist der Prozentunterhalt, der abhängig vom Alter des Kindes zwischen 16 und 22% vom Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen beträgt (*Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ [2019] 547).

6) VfSlg 16.226/2001, Pkt III.2; bei im gemeinsamen Haushalt lebenden Eltern ist eine Anrechnung nicht nötig, weil die Transferleistungen ohnehin der ganzen Familie zugutekommen (VfSlg 16.026/2000, Pkt III.4.1.).

7) Zur Unterhaltsformel etwa *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ (2019) 154 ff.

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

FaBo+, 4 Ob 150/19s und 9 Ob 59/19w

Mit dem JStG 2018⁸⁾ führte der Gesetzgeber dann eine **neue Transferleistung**, den FaBo+, ein. Als dieser wieder alles auf den Kopf zu stellen drohte,⁹⁾ wurde es dem OGH zu bunt. Nach einer Grundsatzdebatte im Höchstgericht¹⁰⁾ erging Mitte Dezember 2019 die LeitE 4 Ob 150/19s, nach der jedenfalls für minderjährige Kinder simpel gilt:

Geschuldeter Uh = ProzentUh

Die geforderte Steuerentlastung soll über den FaBo+ erreicht werden, der ein echter Steuerabsetzbetrag (auch) des Geldunterhaltspflichtigen ist. Eine Anrechnung der Transferleistungen auf den Unterhalt sei daher nicht mehr nötig.¹¹⁾

Mit der vorerst noch offengebliebenen Frage, ob das neue Modell **auch für Volljährige** gelten soll, beschäftigte sich nun 9 Ob 59/19w: Die Kernargumente der ersten Entscheidung können auch für volljährige Kinder „*fruchtbar gemacht werden, weil die [...] Intention des Gesetzgebers nicht zwischen minderjährigen und volljährigen Kindern differenziert*“.¹²⁾

Die Anrechnung von Transferleistungen gehört damit auch für Volljährige der Vergangenheit an, was in der Draufsicht jedenfalls stimmig ist: Bei Beharren auf der Unterhaltsformel (nur) bei ihnen wäre der zu leistende **Unterhalt mit Erreichen der Volljährigkeit gesunken**, was tatsächlich kaum nachvollziehbar gewesen wäre.¹³⁾

Verfassungsrechtlicher Klärungsbedarf

Grundsätzliche Bedenken

Dass die Unterhaltsbemessung nach dem neuen Modell evident einfacher ist als zuvor, ist offensichtlich. Es verwundert daher auch nicht, dass man sich beim OGH für ein „*verfrühtes Weihnachtsgeschenk*“¹⁴⁾ bedankte, weil er den steuerrechtlichen Teil aus der Formel herausstrich. Allerdings war gerade dieser Teil nötig, um den Vorgaben des VfGH gerecht zu werden, sodass sich die Steuerentlastung des halben Unterhalts nach 4 Ob 150/19s schon bei Minderjährigen nicht mehr überall ausheilt.¹⁵⁾

Der OGH sah das Problem zwar, berief sich aber auf eine für ihn zulässige **Pauschalbetrachtung**. Grosso modo reiche der neue FaBo+ aus, um die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu erfüllen, und wo das nicht der Fall ist, müsse man das eben hinnehmen, weil die „*Entkoppelung von Unterhalts- und Steuerrecht*“ dem Willen des Gesetzgebers entspreche.¹⁶⁾

Nun kann man schon bezweifeln, dass der gesetzgeberische Wille wirklich so eindeutig war:¹⁷⁾ Denn einerseits erwähnen die Mat zum JStG 2018 die einschlägigen VfGH-Erk nicht einmal, andererseits verspricht die Regierungsvorlage – und das explizit – eine „*substanzielle Steuerentlastung*“.¹⁸⁾ Wo sich die Hälfteentlastung des Unterhalts nicht ausheilt, **bleibt dem Unterhaltspflichtigen** aber sogar **weniger** übrig als davor.¹⁹⁾

Selbst wenn man der historischen Interpretation des OGH aber folgt: Das Ergebnis müsste immer noch einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten. Das ist mE schon für die Minderjährigen nicht der Fall, weil die Pauschalbetrachtung nicht überzeugt,²⁰⁾ bei Volljährigen spitzt sich das Problem aber weiter zu. Der FaBo+ beträgt für sie nämlich statt € 750,- nur noch € 250,- pro Jahr,²¹⁾ das Pauschalierungsargument ist also – wenn überhaupt – nur ein Drittel so gut.

Das erkannte wohl auch der 9. Senat, der in der Begründung zu 9 Ob 59/19w noch einmal nachlegte: Dem Gesetzgeber stehe „*un-*

ter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zu, der es erlaubt, Härtefälle in Kauf zu nehmen, wenn nur insgesamt eine sachliche Regelung vorliegt“.²²⁾ Damit spielt der OGH auf eine Rechtsprechungslinie des VfGH an, die es erlaubt, vom Regelfall auszugehen und Durchschnittsbetrachtungen anzustellen. Insb müssen einzelne Unbilligkeiten im Hinblick auf das Ziel einfacher und handhabbarer Regelungen in Kauf genommen werden.²³⁾

Wirklich nur Härtefälle?

All das gilt freilich nicht schrankenlos: Härtefälle sind nur dann zu akzeptieren, wenn sie die Ausnahme bleiben, sie dürfen vom System nicht bereits mitgedacht sein.²⁴⁾ Es wurde allerdings schon vielfach dargelegt, dass die neue Unterhaltsrechtsprechung **Besserverdiener systematisch benachteiligt**.²⁵⁾ Die Rechtfertigung des neuen Modells mit der Härtefalljudikatur wurde daher auch schon zu 4 Ob 150/19s abgelehnt, als sich der OGH selbst noch nicht einmal darauf berief.²⁶⁾

Wie stehen die Dinge aber nun bei Volljährigen? Da nach dem neuen Modell die Anrechnung von Transferleistungen auf den Unterhalt entfällt, müssten jene Unterstützungsleistungen, die der Unterhaltspflichtige selbst direkt vom Staat bekommt, ausreichen, um den Vorgaben des VfGH gerecht zu werden. Diese Transferleistungen belaufen sich derzeit auf € 50,04 bis € 79,24 monatlich.²⁷⁾ Abhängig von der Steuerklasse des Unterhaltspflichtigen kann man damit zurückrechnen, bis zu welcher Unterhaltshöhe auch **wirklich die Hälfte steuerfrei** gestellt ist:²⁸⁾

- 8) Jahressteuergesetz 2018 BGBl I 2018/62.
- 9) Siehe die in 4 Ob 150/19s, Pkt 4.1, referierten Ansichten, wie der FaBo+ in die Unterhaltsformel einzupassen sei.
- 10) *Gitschthaler*, Familienbonus Plus im Unterhaltsrecht – Ungelöste Fragen, EF-Z 2020, 52 (52), wonach sich der OGH „*unter Beteiligung sämtlicher Zivilsenate [...] geeinigt*“ habe (vgl die Entscheidungen zu RIS-Justiz RS0132928).
- 11) 4 Ob 150/19s, Pkt 5.3.
- 12) 9 Ob 59/19w, Pkt 6.1.
- 13) Vgl 9 Ob 59/19w, Pkt 6.4.
- 14) *S. Gruber*, Kindesunterhalt – eine ständige Herausforderung, ÖRPfH 1/2020, 12 (12).
- 15) Vgl die erste Modellrechnung bei *P. Gruber/Spitzer*, Judikaturwende beim Kindesunterhalt – alles neu durch FaBo+, ÖJZ 2020, 140 (142f). Generell gilt: je älter das Kind, desto geringer das Einkommen, bis zu dem die Rechnung aufgeht; dazu ausführlich *Schindl*, Die neue Unterhaltsberechnung nach 4 Ob 150/19s – eine verfassungsrechtliche Perspektive, EF-Z 2020, 153 (155).
- 16) 4 Ob 150/19s, Pkt 5.1 bis 5.5.
- 17) *P. Gruber/Spitzer*, ÖJZ 2020, 140 (141, 143f); *Hiebl*, Was ist nun mit dem Familienbonus Plus? iFamZ 2020, 7 (10f); *Lachmayer*, Neue Judikatur zum Familienbonus+ – Ist die Entkoppelung von Unterhaltsrecht und Steuerrecht verfassungskonform? iFamZ 2020, 154 (156ff); *Schindl*, EF-Z 2020, 153 (156f).
- 18) ErläutRV 190 BlgNR 26. GP 1.
- 19) *P. Gruber/Spitzer*, ÖJZ 2020, 140 (143), sprechen plastisch von einem „*unterhaltsrechtlichen Kollateralschaden*“.
- 20) *Schindl*, EF-Z 2020, 153 (156f); weiters *Hiebl*, iFamZ 2020, 7 (11f); *Lachmayer*, iFamZ 2020, 154 (158ff); *Tews*, Familienbonus Plus im Unterhaltsrecht – Unbefriedigende Entwicklung, EF-Z 2020, 67 (67, 69); zweifelnd auch *P. Gruber/Spitzer*, ÖJZ 2020, 140 (143).
- 21) Der FaBo+ beläuft sich für minderjährige Kinder auf € 1.500,- im Jahr, für volljährige auf € 500,- (§ 33 Abs 3a Z 1 EStG); im Regelfall ist allerdings davon auszugehen, dass er zwischen den Eltern 50:50 geteilt wird (*Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ [2019] Rz 759d).
- 22) 9 Ob 59/19w, Pkt 6.3.
- 23) *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte² (2019) 232f, 540.
- 24) *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte² 540.
- 25) *P. Gruber/Spitzer*, ÖJZ 2020, 140 (143); *Hiebl*, iFamZ 2020, 7 (11); *Lachmayer*, iFamZ 2020, 154 (159ff); *Schindl*, EF-Z 2020, 153 (155, 157). Das ist schon deshalb bedenklich, weil nach dem VfGH der ausschlaggebende Vergleich „*nicht zwischen Eltern mit niedrigerem und höherem Einkommen, sondern [...] zwischen unterhaltspflichtigen Eltern und nicht unterhaltspflichtigen Personen gleicher Einkommensstufe*“ zu ziehen ist (VfSlg 12.940/1991, Pkt VI.2).
- 26) *Lachmayer*, iFamZ 2020, 154 (159ff); *Schindl*, EF-Z 2020, 153 (157).
- 27) Unterhaltsabsetzbetrag nach § 33 Abs 4 Z 3 EStG (1. Kind: € 29,20; 2. Kind: € 43,80; ab 3. Kind: € 58,40) und ½ FaBo+ (€ 20,84; dazu FN 21).
- 28) Zur Berechnung *Schindl*, EF-Z 2020, 153 (154 mit FN 34).

Grenzsteuersatz (Einkommen) ²⁹⁾	€ 50,04 (1. Kind)	€ 64,64 (2. Kind)	€ 79,24 (jedes weitere Kind)
20% (bis € 18.000,-)	€ 625,50	€ 808,-	€ 990,50
35% (bis € 31.000,-)	€ 357,43	€ 461,71	€ 566,-
42% (bis € 60.000,-)	€ 297,86	€ 384,76	€ 471,67
48% (bis € 90.000,-)	€ 260,63	€ 336,67	€ 412,71
50% (ab € 90.000,-)	€ 250,20	€ 323,20	€ 396,20

Tabelle: Unterstützungsleistungen und Entlastungswirkung bei volljährigen Kindern

Umgekehrt heißt das: Liegt der Unterhalt **über** diesen Grenzen, wird das neue Modell den Vorgaben des VfGH nicht gerecht.

Das betrifft allerdings nicht bloß Einzelfälle: Zwar kann man generelle Aussagen zur Unterhaltshöhe naturgemäß nur schwer treffen, weil sie von mehreren Faktoren, insb von der Leistungsfähigkeit der Eltern und dem Bedarf des Kindes, abhängt.³⁰⁾ Als Anhaltspunkt für den Unterhaltsbedarf kann aber der sogenannte Regelbedarf dienen,³¹⁾ der für Volljährige derzeit bei € 594,- liegt.³²⁾ Die Tabelle zeigt, dass regelmäßig weit weniger als dieser Betrag entlastet wird, sodass davon auszugehen ist, dass der „Härtefall“, bei dem die Rechnung nicht aufgeht, in Wirklichkeit der Regelfall ist.

Die gerade angestellten Überlegungen zeigen außerdem, dass der Fehlbetrag auf die verfassungsmäßig geforderte Entlastung umso größer ist, je mehr der Unterhaltspflichtige verdient: Einerseits fällt der Unterhaltsfaktor Leistungsfähigkeit stärker ins Gewicht, sodass der zugesprochene Unterhalt steigt, andererseits sinkt der Entlastungseffekt mit jeder Einkommensstufe.

Das neue Modell erfüllt die Vorgaben des VfGH bei volljährigen Kindern somit regelmäßig nicht; je höher das Einkommen des Unterhaltspflichtigen, umso größer die Benachteiligung. Die Härtefalljudikatur kann die neue Unterhaltsbemessung bei Volljährigen mE daher noch weniger rechtfertigen als bei Minderjährigen.

Alternative: zeitliche Durchrechnung?

Man könnte alternativ noch überlegen, die Schlechterstellung des Unterhaltspflichtigen bei volljährigen Kindern mit einer Betrachtung entlang der Zeitachse zu begründen: Bevor Kinder volljährig werden, waren sie ja einmal minderjährig, und bei Minderjährigen ist der FaBo+ höher und der Unterhalt³³⁾ geringer. Manchmal wird die Unterhaltslast dabei sogar über das vom VfGH geforderte Maß hinaus kompensiert. Bietet also das Argument, der Geldunterhaltspflichtige könnte sich diesen Überschuss ja „aufsparen“, einen Ausweg?

Dem ist gleich mehreres entgegenzuhalten: Einerseits muss es, wenn etwas aufgespart werden soll, etwas aufzusparen geben. Das ist wie erwähnt manchmal der Fall, aber nicht immer, denn schon bei Minderjährigen bringt das neue Modell nicht stets die nötige Entlastung. Gerade Besserverdiener werden nämlich quer durch alle Altersklassen benachteiligt.

Andererseits hat auch derjenige, dessen Kind gerade volljährig geworden ist, nichts von einer hypothetischen Ex-post-Durchrechnung. Denn vor Einführung des FaBo+ waren die staatlichen Unterstützungsleistungen weit geringer, die verfassungsrechtlich gebotene Entlastung ging sich unter Heranziehung der alten Unterhaltsformel also viel öfter „nur gerade so“ aus. Auch hier blieb zum Aufsparen meist wenig übrig.

Außerdem verlangt die zeitliche Betrachtung, sämtliche Entwicklungen mitzudenken: Während der Unterhalt und – dank kal-

ter Progression – die Steuerlast jährlich steigen, bleiben die staatlichen Unterstützungsleistungen meist über längere Perioden gleich. Effektiv bringen sie also immer weniger Entlastung. Wollte man das Zeitargument bemühen, müsste die Wertbeständigkeit aber auf Dauer gesichert sein.³⁴⁾

Im Ergebnis vermag eine zeitliche Durchrechnung die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das neue Modell daher ebenso wenig zu zerstreuen wie die Härtefalljudikatur.

Vergleich mit Kindern im Ausland

Tritt man einen Schritt zurück, tut sich schließlich noch ein weiterer – vom Alter des Kindes unabhängiger – Problemkreis auf: die Konsequenzen für Unterhaltspflichten gegenüber Kindern im Ausland.³⁵⁾ Auch bei ihnen sollte ja die Hälfte des Unterhalts steuerfrei bleiben,³⁶⁾ das neue Modell führt aber zu einer skurrilen Differenzierung zwischen Kindern in der EU, dem EWR sowie der Schweiz einerseits und Kindern in Drittstaaten andererseits.

Für die erste Gruppe werden die – steuerrechtlichen – Unterstützungsleistungen nach derzeitiger Rechtslage „indexiert“, also an die jeweiligen Lebenshaltungskosten im Ausland angepasst.³⁷⁾ Bei der – zivilrechtlichen – Unterhaltsbemessung wird dagegen nicht allein auf den ausländischen Lebensstandard abgestellt, vielmehr soll der Unterhaltsberechtigte auch an einem allenfalls höheren Einkommen des Unterhaltspflichtigen in Österreich partizipieren: Es wird ein sogenannter Mischunterhalt zugesprochen.³⁸⁾ Bei Reduktion der staatlichen Unterstützungsleistungen, in Relation aber höherem Unterhalt stellen sich die aufgezeigten Probleme freilich noch häufiger, die vom VfGH geforderte Entlastung des halben Unterhalts geht sich also noch seltener aus als bei Kindern in Österreich.

Für die zweite Gruppe, die Kinder in Drittstaaten, gibt es demgegenüber gar keine staatlichen Zuschüsse.³⁹⁾ Stattdessen erfolgt die vom VfGH geforderte Entlastung – allerdings nur für Minderjährige⁴⁰⁾ – wie schon bisher direkt im Steuerausgleich: Der halbe Unterhalt kann als außergewöhnliche Belastung geltend gemacht werden und wird damit nicht versteuert.⁴¹⁾ Dabei ist weder von Pauschalierung noch von Indexierung die Rede, sondern es wird tatsächlich der halbe Unterhalt berücksichtigt.

Unterm Strich mutet das alles doch recht eigentümlich an:⁴²⁾ Bei Kindern in Österreich wird den Vorgaben des VfGH nur

29) § 33 Abs 1 EStG. Bis zu einem Einkommen von € 11.000,- wird keine Steuer geschuldet, ab € 1.000.000,- beträgt der Grenzsteuersatz 55% (hier außer Acht gelassen).

30) *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 532 ff.

31) *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 129. Dass die Unterhaltslast etwa bei geringem Einkommen und mehreren Unterhaltspflichten deutlich darunterliegen kann (wie etwa im Ausgangsfall zu 9 Ob 59/19 w), ändert am Grundproblem nichts.

32) LGZ Wien 43 Nc 7/20 m; aus historischen Gründen liegt die Altersgrenze noch bei 19 Jahren (krit *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 78), für 18-Jährige beträgt der Regelbedarf derzeit € 474,-.

33) Je jünger der Unterhaltsberechtigte, umso geringer sind der Prozentunterhalt (FN 5) und der hier zur Orientierung herangezogene Regelbedarf (FN 32).

34) Vgl schon *P. Gruber/Spitzer*, ÖJZ 2020, 140 (143 FN 35).

35) Angesichts der klaren Positionierung des OGH bestehen mE keine Zweifel, dass die neue Unterhaltsbemessung auch auf diese Fälle ausgedehnt wird.

36) VfSlg 16.380/2001; 18.791/2009.

37) Für den hier interessierenden Fall betrifft das FaBo+ und Unterhaltsabsetzbetrag (§ 33 Abs 3 a Z 2 und Abs 4 Z 4 EStG; vgl die Familienbonus Plus-Absetzbeträge-EU-AnpassungsVO BGBl II 2018/257 idGF). Die Frage nach der Europarechtskonformität der Indexierung hat das BFG (RE/7100001/2020) dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt (anhängig zu C-163/20).

38) Zu Details *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 1846 ff; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹ 148 f.

39) § 33 Abs 3 a und 4 EStG.

40) Bei Volljährigen darf die Unterhaltslast nach der Verfassungsbestimmung des § 34 Abs 7 Z 5 EStG hingegen gar nicht berücksichtigt werden; dabei kommt es auf die jeweiligen nationalen Volljährigkeitsgrenzen an (LStR 2002 Rz 866).

41) LStR 2002 Rz 866. Das entspricht dem explizit erklärten Willen des Gesetzgebers (ErläutRV 190 BigNR 26. GP 9).

42) Vgl schon *Schindl*, EF-Z 2020, 153 (156 FN 57).

manchmal Rechnung getragen, bei Kindern anderswo in der EU noch seltener, bei (minderjährigen) Kindern in Drittstaaten dagegen immer.

Der Weg zum VfGH

Die neue Unterhaltsbemessung ist, wie gezeigt, verfassungsrechtlich durchaus bedenklich: Das gilt schon für minderjährige Kinder, aber noch viel mehr für volljährige. Die Entscheidungen des OGH sind einer Überprüfung durch den VfGH allerdings entzogen, weil es in Österreich bekanntlich keinen mit der deutschen Urteilsverfassungsbeschwerde vergleichbaren Rechtszug gibt.⁴³⁾

Parteiantrag auf Normenkontrolle?

Zu überlegen bleibt, ob der stattdessen eingeführte **Parteiantrag auf Normenkontrolle**⁴⁴⁾ Abhilfe schafft. Ein solcher könnte etwa in einem kommenden Unterhaltsverfahren gemeinsam mit einem Rekurs gegen einen Unterhaltsbeschluss⁴⁵⁾ erster Instanz erhoben werden. Mit einem Parteiantrag kann allerdings nicht die jeweilige Entscheidung selbst, sondern nur ein dieser zugrunde liegendes, für sie also präjudizielles Gesetz angegriffen werden.

Folgt man der Vorjudikatur des VfGH zur Familienbesteuerung, kommt in concreto allenfalls die **Verfassungswidrigkeit von § 34 Abs 7 Z 2 EStG** in Frage, wonach eine Berücksichtigung von Unterhaltslasten als außergewöhnliche Belastungen im Steuerausgleich ausgeschlossen ist.⁴⁶⁾ Diese Bestimmung ist für die Unterhaltsentscheidung aber wohl gerade nicht präjudiziel, weil die steuerliche Nichtabsetzbarkeit von Unterhaltslasten eben keine „Voraussetzung der Entscheidung des Gerichts“ mehr ist.⁴⁷⁾ Nach dem neuen Unterhaltsmodell nehmen die Gerichte darauf ja keine Rücksicht mehr.

An dieser Stelle ist freilich ein Caveat angebracht: Die einschlägige Judikatur ist kasuistisch,⁴⁸⁾ der VfGH zieht den Begriff der Präjudizialität teilweise sehr weit, um Normen zu prüfen, „die mit dem Anlassfall irgendwie zusammenhängen, ohne wirklich präjudizial zu sein“.⁴⁹⁾ Das (Nicht-)Vorliegen der Präjudizialität „erweist sich in der Praxis“ daher ganz generell als „schwierig zu beurteilen“.⁵⁰⁾ Dennoch: ME wäre ein Parteiantrag zur Aufhebung von § 34 Abs 7 Z 2 EStG mangels Präjudizialität dieser Bestimmung als unzulässig zurückzuweisen.

Demgegenüber jedenfalls präjudiziel für die Unterhaltsentscheidung der ordentlichen Gerichte ist **§ 231 ABGB**, der – allerdings nur in sehr vagen Worten – die Unterhaltspflicht der Eltern statuiert. Von Prozentunterhalt und Regelbedarf ist dort nichts zu lesen, geschweige denn von der Anrechnung auf den Unterhalt oder vom genauso aktuellen Problem des betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells.⁵¹⁾ Es wurde daher auch schon zur Diskussion gestellt, ob § 231 ABGB dem **verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot** genügt.⁵²⁾ Diese Frage ließe sich mit einem Parteiantrag sehr wohl abklären.

Erkenntnisbeschwerde

Die Erfolgchancen eines solchen Antrags sind freilich ungewiss. Will der Unterhaltspflichtige dieses Risiko nicht in Kauf nehmen und stattdessen doch § 34 Abs 7 Z 2 EStG bekämpfen, ist das jedenfalls im Umweg sehr wohl möglich: nicht qua Parteiantrag, sondern im verwaltungsbehördlichen Steuerverfahren.

Anders als vor den ordentlichen Gerichten gibt es dort nämlich sehr wohl einen Instanzenzug zum VfGH: Nach Geltendmachung des Unterhalts als außergewöhnliche Belastung in der Steuererklärung könnte der Fall via Bescheid- und anschließende Erkenntnisbeschwerde an den VfGH herangetragen werden. Teilt dieser die

hier vertretene Ansicht, kann er zwar die Entscheidungen des OGH nicht beseitigen, immerhin aber § 34 Abs 7 Z 2 EStG aufheben und damit die Berücksichtigung des Unterhalts im Steuerausgleich ermöglichen.

Es wurde indes schon die Befürchtung geäußert, dass der VfGH eine solche Erkenntnisbeschwerde abweisen könnte, weil er weiterhin auf die Anwendung der Unterhaltsformel besteht.⁵³⁾ ME darf man aber hoffen, dass der VfGH Fingerspitzengefühl beweist, wie er es nach Erfindung der Unterhaltsformel schon getan hat: Der OGH hatte ihre Anwendung ursprünglich nämlich wegen methodischer Bedenken verweigert,⁵⁴⁾ statt aber auf seiner Rechtsansicht zu beharren und so eine Pattstellung zulasten des Unterhaltspflichtigen zu provozieren, hob der VfGH ganz einfach jene Bestimmung auf, die die Bedenken des OGH ausgelöst hatten.⁵⁵⁾

Fazit

Der OGH hat sein neues Modell zur Unterhaltsberechnung auch auf volljährige Kinder ausgedehnt. Das ist in sich schlüssig, weil das Höchstgericht sich dabei auf den in dieser Hinsicht undifferenzierten gesetzgeberischen Willen beruft: Wer A sagt, muss auch B sagen.

So sehr das die zivilrechtliche Unterhaltsbemessung vereinfachen mag, so sehr kann man das neue Modell auch kritisch sehen. Einerseits ist der gesetzgeberische Wille nicht eindeutig, andererseits wirft die neue Rechtsprechungslinie verfassungsrechtliche Fragen auf: Die vom VfGH geforderte steuerliche Hälftefreistellung des Unterhalts geht sich schon bei minderjährigen Kindern nicht immer aus, bei volljährigen ist das angesichts des weit geringeren FaBo+ noch viel seltener der Fall. Das kann mE weder mit der Härtefalljudikatur noch mit einer alternativ untersuchten zeitlichen Betrachtungsweise gerechtfertigt werden. Darüber hinaus zeigt der Vergleich mit Kindern im Ausland, dass sich das neue Modell auch an anderen Enden spießt.

Der Vorhang ist in der Angelegenheit jedenfalls noch nicht gefallen: Nach zwei Soli des OGH folgt im dritten Akt dann wohl der Auftritt des VfGH. Angesichts der klaren Positionierung des OGH muss er dessen Linie wohl akzeptieren und im Steuerrecht nachbessern – selbst wenn der VfGH damit „seine“ Unterhaltsformel endgültig zu Grabe trägt.

Dominik Schindl,
Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, WU Wien

43) Das deutsche BVerfG kann Entscheidungen anderer (Höchst-)Gerichte, insb auch des BGH, auf ihre Verfassungskonformität prüfen und allenfalls kassieren; zur Diskussion um die Einführung eines ähnlichen Instruments in Österreich *Schoditsch*, Grundrechte und Privatrecht (2019) 236 ff.

44) Dazu etwa *Hannoncourt*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle – die Gesetzesbeschwerde, ZfV 2015, 263.

45) Sämtliche Unterhaltsansprüche zwischen in gerader Linie Verwandten sind nunmehr im außerstreitigen Verfahren geltend zu machen, unabhängig vom Alter des Unterhaltsberechtigten (§ 114 JN).

46) Bspw VfSlg 14.992/1997; 15.023/1997; s auch *Lachmayer*, iFamZ 2020, 154 (161).

47) So eine gängige Formel zur Präjudizialität, bspw *Holoubek*, Parteiantrag auf Normenkontrolle – Erste Erfahrungen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, RZ 2017, 83 (88); *Stefula*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle an den VfGH in Zivilverfahren, Zak 2015, 5 (6).

48) *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 1014.

49) *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² Rz 1014.

50) *Bierlein*, Parteiantrag auf Normenkontrolle – Streifzug durch die beiden ersten Jahre mit Schwerpunkt Strafrecht, in FS Holzinger (2017) 187 (199).

51) Dazu etwa *P. Gruber*, Kindesunterhalt: Geldunterhalt, betreuungsrechtliches Unterhaltsmodell und Bestimmtheitsgebot, ÖJZ 2017, 841.

52) *P. Gruber*, ÖJZ 2017, 841 (843 f); *ders*, Anm zu 8 Ob 89/17 x, EvBl 2018/58; vgl auch *Koza*, Unbestimmt, juridikum 2015, 359 (363 f).

53) *Lachmayer*, iFamZ 2020, 154 (161).

54) 6 Ob 243/01 f.

55) VfSlg 16.562/2002.