

ihrer Antwort aufgrund des solcherart sinnfällig gewordenen Erfassens auch des Begriffshofs den – aus § 345 Abs 1 Z 12 StPO allein maßgeblichen – Begriffskern jedenfalls in beruhigender Weise miterfasst und damit eine solide Basis für die rechtliche Beurteilung geschaffen haben. Just eine derartige, spezifisch auf die Rechtsunkenntnis von Laienrichtern abgestellte Überlegung liegt denn auch dem unter Nichtigkeitssanktion stehenden Gebot zugrunde, nach Strafausschließungsgründen iW S gesondert zu fragen (§ 313 StPO), obwohl die Verneinung davon betroffener Schuldfragen zum selben Ergebnis führt. Eine vergleichbare Kontrollfunktion erfüllt die in § 331 Abs 3 StPO erwähnte Niederschrift. Die angestellten Überlegungen liefern durchaus eine tragfähige

Begründung dafür, mit Blick auf das unbefangene Verständnis der Bürger die Relevanz des § 314 Abs 1 erster und zweiter Fall StPO auf das Geschworenenverfahren zu beschränken und nicht allg gelten zu lassen. Nach Maßgabe der angestellten Überlegungen macht es Sinn, bei allein auf von § 314 Abs 1 Satz 1 und 2 StPO angesprochene Umstände begründeter Nichtigkeit aus § 345 Abs 1 Z 6, 8, 9 und 10 iSv § 349 Abs 1, § 350 Abs 2 StPO den Schuldspruch (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) zu beseitigen. Auch die Relativität der Z 6 und 10 des § 345 Abs 1 StPO bei Missachtung von § 314 Abs 1 erster und zweiter Fall StPO ist daher nicht bloß mit Bezug auf die Sanktionsfrage zu beurteilen.

Eckart Ratz

[FORUM]

Judikaturwende beim Kindesunterhalt – alles neu durch FaBo+\*)

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

ÖJZ 2020/17

Ausgangspunkt

Der OGH hat die Einführung des Familienbonus Plus zum Anlass genommen, um die Bemessung von Unterhalt für minderjährige Kinder grundsätzlich umzugestalten. Der Beitrag untersucht die Rechtsfolgen aus zivil- und verfassungsrechtlicher Perspektive.

Grundlagen des Kindesunterhalts

Das Recht des Kindesunterhalts ist eine anerkannt schwierige Materie.<sup>1)</sup> § 231 ABGB sagt einerseits alles, aber damit andererseits nicht wirklich viel: Die Eltern haben zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes nach Kräften beizutragen (Abs 1). Wer den Haushalt führt, in dem das Kind betreut wird, leistet seinen Unterhalt dadurch (Abs 2), der andere Elternteil hat Geldunterhalt zu leisten.

Diese gähnende gesetzliche Leere, die durchaus auch Züge mangelnder Bestimmtheit trägt,<sup>2)</sup> hat die Rsp mit der Zeit mit Erfahrungswerten gefüllt. Als wesentliche Parameter eines „zweistufigen Erkenntnisvorgangs“<sup>3)</sup> der Unterhaltsbemessung, die einerseits die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und andererseits den Bedarf des Kindes berücksichtigen, haben sich die „Prozentsatzmethode“ und der „Regelbedarf“<sup>4)</sup> herauskristallisiert. Danach steht dem Kind je nach Alter grundsätzlich ein Prozentsatz zwischen 16 und 22% des Nettoeinkommens des Unterhaltspflichtigen zu; der Regelbedarf dient als Kontrollgröße nach unten und nach oben.<sup>5)</sup>

Das ist freilich nur die Spitze des Eisbergs, wie kompliziert die Dinge wirklich liegen, zeigt ein Blick in das unterhaltsrechtliche Standardwerk von *Gitschthaler*, in dem der Kindesunterhalt mehr als 500 Seiten füllt.<sup>6)</sup> Manche Fragen – wie der Unterhalt bei Doppelresidenz<sup>7)</sup> – sind relativ neu, andere sind Dauerbrenner, aber immer noch mühsam: Das gilt insb auch für das Bermudadreieck von Unterhaltsrecht, Sozialrecht und Steuerrecht.

Unterhalt und öffentliches Recht

Dort gibt es die verfassungsrechtliche Basiswertung, dass es nicht nur das Privatvergnügen der Eltern ist, Kinder zu haben und zu erziehen, sondern auch eine gesellschaftliche Aufgabe im Allgemeininteresse.<sup>8)</sup> Daraus zieht der VfGH die Schlussfolgerung, dass Unterhaltspflichten gegenüber Kindern auch nur zum Teil als

Folge privater Lebensführung qualifiziert werden dürfen und konsequent zu jenem Teil, der im Allgemeininteresse liegt, steuerfrei bleiben müssen.<sup>9)</sup> Pragmatisch verteilt der VfGH das Verhältnis 50:50, mit anderen Worten: Die Hälfte des Unterhalts soll aus unbesteuertem Einkommen bezahlt werden können.

Die steuerliche Entlastung Unterhaltspflichtiger wäre primär natürlich eine Aufgabe für den Steuergesetzgeber, der aber die längste Zeit nicht mehr vorgesehen hat als einen Unterhaltsabsetzbetrag, der viel zu niedrig war, um das verfassungsrechtliche Ziel zu erreichen. Solange der Steuergesetzgeber untätig ist, sind allerdings die Gerichte zur möglichst verfassungskonformen Unterhaltsbemessung aufgerufen. Da diese aber nicht in den Steuersäckel greifen können, mussten sie sich anders behelfen. Der vom VfGH gewiesene Umweg führte über die Familienbeihilfe,<sup>10)</sup> die nach einer eigens entwickelten Formel teilweise auf den Prozentunterhalt angerechnet wurde.<sup>11)</sup> Durch diese Umwidmung wird

\*) Herzlichen Dank schulden die Verfasser HRdOGH Dr. *Edwin Gitschthaler* für seine Diskussionsbereitschaft und viele wertvolle Hinweise. Univ.-Ass. Mag. *Dominik Schindl* hat durch Modellrechnungen jenseits unserer mathematischen Fähigkeiten manche Probleme erst freigelegt und dadurch viel zu unserem Verständnis und diesem Aufsatz beigetragen.

- 1) *Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 231 Rz 1 stellen fest, es sei alles kompliziert geworden und habe sich in mehrfacher Hinsicht problematisch entwickelt.
- 2) *P. Gruber*, Kindesunterhalt: Geldunterhalt, betreuungsrechtliches Unterhaltsmodell und Bestimmtheitsgebot, ÖJZ 2017, 841; *ders*, Anm zu OGH 24. 8. 2017, 8 Ob 89/17 x, EvBl 2018/58.
- 3) *Barth/Neumayr in Klang*<sup>3</sup> § 140 Rz 73 ff (zur inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung des § 231).
- 4) Vgl *Hopf* in KBB<sup>5</sup> § 231 Rz 4.
- 5) Vgl den Überblick bei *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>6</sup> (2019) 547; ausf *Barth/Neumayr in Klang*<sup>3</sup> § 140 Rz 81 f.
- 6) *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup> (2019).
- 7) Vgl informativ *Hinteregger*, Familienrecht<sup>9</sup> (2019) 208 f und weiterführend *Gitschthaler*, Kinderbetreuung und Unterhalt – ein Überblick, EF-Z 2018/3 sowie *P. Gruber*, ÖJZ 2017, 841 und *ders*, Anm zu EvBl 2018/58.
- 8) Vgl VfSlg 16.226/2001 und VfSlg 16.562/2002.
- 9) Vgl VfSlg 14.992/1997; VfSlg 15.023/1997; VfSlg 16.026/2000; gegen eine Ableitung aus dem Gleichheitsgrundsatz *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 617 f.
- 10) VfSlg 16.226/2001.
- 11) RIS-Justiz RS0117023. Das war erst dadurch möglich, dass der VfGH § 12 a FLAG 1967 idF BGBl 1977/646 durch sein Erk VfSlg 16.562/2002 insoweit aufgehoben hat, als dadurch eine Minderung des Unterhaltsanspruchs ausgeschlossen wurde. Dazu grundlegend *Gitschthaler*, Familienbeihilfe und deren Anrechnung auf Kindesunterhaltsansprüche, JBl 2003, 9; aktuell *ders*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup> Rz 731 – 759 a. Vgl die Zusammenschau der Rechtsentwicklung bei *Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 231 Rz 61 ff.

gleichsam ein Teil des Unterhalts vom Staat bezahlt, wodurch zwar der Unterhaltspflichtige entlastet wird, aber auch das für das Kind verfügbare Gesamtbudget (Familienbeihilfe + Unterhalt) geringer wird.

Um dem Kind nicht zu viel wegzunehmen, achtete die Rsp darauf, bei der Anrechnung der Familienbeihilfe nicht auf den Unterhaltsabsetzbetrag zu vergessen. Der Unterhaltspflichtige sollte nicht doppelt entlastet und das Kind spiegelbildlich nicht doppelt verkürzt werden. Das erwies sich als vitale Wertung, die eine weitreichende Sperrwirkung entfalten sollte.

Kaum führte der Steuergesetzgeber nämlich neue Begünstigungen ein, durch die dem Unterhaltspflichtigen „mehr Netto vom Brutto“ geblieben wäre, wurde der Unterhalt um diesen Mehrbetrag erhöht. „Wie gewonnen, so zerronnen“ leuchtet indes bei solchen steuerlichen Begünstigungen, die gerade die Entlastung des Unterhaltspflichtigen bezwecken, nicht unmittelbar ein, weswegen Tews kritisiert hat, dass man den geldunterhaltspflichtigen Eltern-

teil „schlicht pflanze“.<sup>12)</sup> Das war nicht ganz von der Hand zu weisen, wie die Einführung des sog Kinderfreibetrags durch die Steuerreform 2009 anschaulich zeigt, die zu einer spiegelbildlichen Erhöhung des Unterhalts um die dadurch erzielte Ersparnis geführt hat.

Man konnte fast den Eindruck gewinnen, dass, nachdem mit der mühsam erarbeiteten Formel durch Anrechnung der Familienbeihilfe das Unterhaltsrecht verfassungskonform gemacht worden war, Störgeräusche durch den Gesetzgeber möglichst ausgeblendet werden sollten. All das schlug sich in der Letztfassung einer über die Jahre erweiterten<sup>13)</sup> – am Ende gar nicht (mehr) so einfachen – Formel der Rsp nieder:<sup>14)</sup>

12) Tews, Neue Kürzungsformel für die Anrechnung der Familienbeihilfe, EF-Z 2015/89 (169).

13) Zu den einzelnen Schritten vgl. Neumayr/Barth in Klang<sup>9</sup> § 140 Rz 173 ff.

14) Vgl. OGH 6 Ob 240/17 p EF-Z 2018/67 (Gitschthaler).

$$UhAnspr = ProzentUh - (ProzentUh \times Grenzsteuersatz \times 0,004)^1 + UhAbsetzbetrag^2 + Ersparnis \text{ durch Kinderfreibetrag}^3$$

Formel 1

<sup>1)</sup> Darin liegt bereits eine Vereinfachung (LG Salzburg EFSlg 107.521; OGH 6 Ob 44/07 z EF-Z 2007/86 [Gitschthaler]); vgl etwa die höhere Mathematik in OGH 3 Ob 141/02 k ecollex 2003/36 (Wilhelm).

<sup>2)</sup> Der Unterhaltsabsetzbetrag steht Geldunterhaltspflichtigen zu, die für ein nicht haushaltszugehöriges Kind Unterhalt leisten. Er beträgt gem § 33 Abs 4 Z 3 EStG monatlich € 29,20 für das erste Kind, € 43,80 für das zweite und jeweils € 58,40 für das dritte und jedes weitere Kind.

<sup>3)</sup> § 106a EStG aF (dazu Limberg in ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 231 Rz 44). Bei Inanspruchnahme des Kinderfreibetrags sollte sich der Unterhaltsanspruch um die Steuerersparnis erhöhen (OGH 6 Ob 240/17 p EF-Z 2018/67 [Gitschthaler]).

## Zwischenstand

Im Ergebnis wurde der Unterhaltspflichtige also durch die teilweise Anrechnung der Familienbeihilfe im bisherigen System entlastet, weitere Frei- und Absetzbeträge sollten aber „für den geldunterhaltspflichtigen Elternteil ein ‚Nullsummenspiel‘ darstellen“;<sup>15)</sup> sodass jede zusätzliche Steuerersparnis durch eine spiegelbildliche Unterhaltserhöhung „völlig verpuffen“ sollte.<sup>16)</sup> Die Rsp hatte sich in ihrer Formel so eingefunden, dass die heikle Balance nicht durch weitere Begünstigungen des Unterhaltspflichtigen gestört werden sollte. Was ihm der Gesetzgeber (zusätzlich) gab, musste er daher gleich bei seinem Kind abliefern.

Der 6. Senat hat allerdings schon in seiner Entscheidung zum recht geringfügigen Kinderfreibetrag – aus heutiger Perspektive lässt sich sagen: wohl mit präsentem Problembewusstsein – festgehalten: „Ob dies auch für andere Absetz- oder Freibeträge [als den Kinderfreibetrag] gilt, kann hier dahinstehen.“<sup>17)</sup> Der durchklingende Zweifel ist berechtigt, weil das Zivilgericht natürlich nicht nur verfassungsrechtliche Ziele, sondern auch einfachgesetzliche *teloi* berücksichtigen muss.<sup>18)</sup>

## Neue Rechtslage

### Anlassfall

Mit dem durch das Jahressteuergesetz 2018<sup>19)</sup> eingeführten Steuerabsetzbetrag gem § 33 Abs 3a EStG (Familienbonus Plus; FaBo+) musste das Höchstgericht Farbe bekennen und hat das in seiner aufsehenerregenden Grundsatzentscheidung 4 Ob 150/19 s auch getan.<sup>20)</sup> Weil die Steuerlast durch den FaBo+ direkt und namhaft reduziert wird, nämlich um € 1.500,- pro Kind und Jahr, spitzte sich die Frage zu, wie mit dem erklärten *telos* der Entlastung Unterhaltspflichtiger umzugehen ist.

Der Gesetzgeber hat die Zügel bei Einführung dieses echten Steuerabsetzbetrages, um den die Steuerlast direkt reduziert wird, nämlich stärker in die Hand genommen und in den Mat zum Jahressteuergesetz 2018 recht deutlich gemacht, dass der FaBo+ eine „Maßnahme zur steuerlichen Entlastung der Unterhaltsleistungen“ sein soll. Er soll zu einer „substanziellen Steuerentlastung“ führen und bewirken, dass die Eltern die Unterhaltslasten „zukünftig aus ihrem unversteuerten Einkommen leisten können und nicht eine darauf lastende Steuer dazuverdienen müssen“.<sup>21)</sup>

Die Vorschläge, den FaBo+ einfach anstelle des dadurch abgelösten Kinderfreibetrags in die bisherige Formel zu integrieren,<sup>22)</sup> hätten das bisherige Nullsummenspiel samt Verpuffung fortgeschrieben. Auch wer die Formel liebgewonnen hat, müsste den gesetzgeberischen Normzweck dafür aber eindeutig ignorieren. Interessanter – und normzweckkompatibel – war die vermittelnde Lösung von Gitschthaler, die den FaBo+ wie jeden anderen Steuerabsetzbetrag (zB den Verkehrsabsetzbetrag) zur Erhöhung der Bemessungsgrundlage des Prozentunterhalts füh-

15) OGH 6 Ob 240/17 p EF-Z 2018/67 (Gitschthaler) im Anschluss an Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>8</sup> (2016) 140, 145.

16) Tews, EF-Z 2015/89 (169).

17) OGH 6 Ob 240/17 p EF-Z 2018/67 (Gitschthaler).

18) Dabei ist selbstverständlich, dass die verfassungsrechtliche Zielsetzung durch einen einfachgesetzlichen Normzweck hindurchstrahlen kann.

19) BGBl I 2018/62.

20) EvBl 2020/8 (Brenn). P. Gruber/Spitzer, Kindern steht rückwirkend mehr Unterhalt zu, Die Presse v 13. 1. 2020.

21) RV 190 BlgNR 26. GP 1.

22) In verschiedenen Ausprägungen (vgl das Referat in der Entscheidung): Peyerl, Der steuerliche Familienbonus in der Unterhaltsbemessung, iFamZ 2018, 193 (195); Neuhauser, Einige Auswirkungen des Familienbonus Plus auf die Bemessung des Kindesunterhalts, iFamZ 2018, 196 (197 ff); ders in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>5</sup> § 231 ABGB Rz 205; Kolmasch, Die Anrechnung der Familienbeihilfe auf den Kindesunterhalt ab 2019, Zak 2018, 324 (325 ff); differenzierend Tews, „Familienbonus Plus“ – Ende der Familienbeihilfen-Anrechnung? EF-Z 2019, 8 (9 ff).

ren lassen wollte.<sup>23)</sup> Im Ergebnis hätten Unterhaltspflichtiger und Unterhaltsberechtigter sich den FaBo+ je nach Steuersatz geteilt.

Der OGH hat – nach ersten schnellen Entscheidungen zu 5 Ob 236/18 v und 5 Ob 92/19 v – den FaBo+ allerdings zum Anlass genommen, um dem Kindesunterhaltsrecht in zahlreichen Entscheidungen verschiedener Senate<sup>24)</sup> ein ganz neues Fundament zu geben. Dass diese Entscheidungen in so nennenswerter Zahl nahezu zeitgleich ergangen sind, legt eine grundsätzliche Koordination im Höchstgericht nahe und stellt damit sicher, dass die neue Judikatur schon jetzt als gefestigt bezeichnet werden kann. Zivilrechtlich gilt also „Roma locuta“,<sup>25)</sup> wobei die Abkehr vom bisherigen Rechenmodell beim FaBo+ vorbehaltlos positiv zu sehen ist: Wo der Steuergesetzgeber jemand entlasten will, kann man ihm das nur schwer verwehren.

### Neue Rechtslage: Unterhalt ≠ Steuerrecht

Wie wird die Neuordnung des Unterhaltsrechts bewerkstelligt? Zunächst wird die Formel gesprengt, sie ist für den Unterhalt minderjähriger (!) Kinder<sup>26)</sup> nicht mehr maßgebend.

Der FaBo+ soll gemeinsam mit dem Unterhaltsabsetzbetrag in Hinkunft den Geldunterhaltspflichtigen entlasten.<sup>27)</sup> Der Normzweck spricht gegen eine spiegelbildliche Erhöhung des Unterhalts um die Steuerersparnis, nach Ansicht des OGH aber auch gegen eine Berücksichtigung im Rahmen der Bemessungsgrundlage nach dem Vorschlag von *Gitschthaler*.

Der FaBo+ soll sich stattdessen auf die Bemessung des Unterhalts gar nicht auswirken, sondern voll dem Unterhaltspflichtigen verbleiben. Dadurch soll – typisiert – den Vorgaben des VfGH Rechnung getragen werden, womit gleichzeitig konsequent die Rechtfertigung wegfällt, weiterhin die Familienbeihilfe anzurechnen.

Die ohnehin komplizierte UnterhaltsRsp wird so von steuerlichen und sozialrechtlichen Einsprengseln befreit. Im Ergebnis führt dies zu einer sehr begrüßenswerten Auflösung des Bermudadreiecks von Unterhalt, Steuerrecht und Sozialrecht und einer Entkoppelung dieser Rechtsgebiete. Der Unterhaltspflichtige schuldet den Prozentunterhalt, seine verfassungsrechtlich gebotene steuerliche Entlastung soll unmittelbar durch das „ressortzuständige“ Steuerrecht erfolgen (Unterhaltsabsetzbetrag und Familienbonus Plus). Dem OGH ist völlig zuzustimmen, wenn er betont, es sei „systemkonform, wenn die steuerliche Berücksichtigung der Unterhaltslasten zur Gänze in das Steuerrecht verlagert und die zivilrechtliche Unterhaltsbemessung vom ‚Fremdkörper‘ der steuerlichen Entlastung entkoppelt wird“. Geht die Rechnung auf?

$$UhAnspr = ProzentUh - (ProzentUh \times Grenzsteuersatz \times 0,004) + Erhöhung^1)$$

$$1.000 = 1.197,88 - (1.197,88 \times 0,2^2)) + 41,70^3)$$

Formel 2

<sup>1)</sup>  $UhAbsetzbetrag + Ersparnis\ durch\ Kinderfreibetrag\ (§\ 106\ a\ EStG\ aF)$ .

<sup>2)</sup>  $0,2 = 50 \times 0,004$ .

<sup>3)</sup>  $Unterhaltsabsetzbetrag\ für\ ein\ Kind\ (€\ 29,20)\ und\ Ersparnis\ durch\ Kinderfreibetrag\ (Minderung\ der\ Bemessungsgrundlage\ um\ €\ 25,-,\ die\ bei\ einem\ Steuersatz\ von\ 50\% \ einer\ Steuerersparnis\ von\ €\ 12,50\ entsprechen)$ , vgl. *Neuhauser in Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 231 Rz 205.

Ruft man sich in Erinnerung, dass die Formel gewährleisten sollte, dass der Unterhaltspflichtige die Hälfte des Unterhalts aus steuerfreiem Einkommen zahlen konnte, zeigt sich, dass das bisher ganz

### Folgen

Da Geldunterhaltspflichtige nunmehr ausschließlich im Wege des Steuerrechts entlastet werden, ändert sich die Höhe vieler Unterhaltsansprüche rückwirkend seit 1. 1. 2019.

*Gitschthaler* hat Modellrechnungen durchgeführt: Vereinfacht kann nach ihm davon ausgegangen werden, dass sich eine Unterhaltserhöhung schon ab einem bisher festgesetzten Unterhaltsbeitrag von rund € 240,- ergibt.<sup>28)</sup> Bei Unterhaltsbeiträgen von zB € 300,- ergibt sich bereits eine Erhöhung von rund € 20,-. Selbstverständlich ist, dass, wenn die Unterhaltserhöhung wie in diesem Beispiel unter der Summe von FaBo+ und Unterhaltsabsetzbetrag liegt, auch der Unterhaltsberechtigte davon profitiert. Das ist der Entlastungseffekt, den der Staat sich gewünscht hat, und damit eine Win-win-Situation.

Dieser Entlastungseffekt „unterm Strich“ ist für den Unterhaltspflichtigen aber nicht garantiert. Das liegt daran, dass auch die bisherige „Familienbeihilfenanrechnung“ entfällt, die auf Grund ihrer mathematischen Ausgestaltung der Unterhaltshöhe Rechnung getragen hat.

Um Licht in das mathematische Dunkel zu bringen, soll in einem Beispielfall von einem Unterhaltspflichtigen mit einem Kind und einem Grenzsteuersatz von 50% ausgegangen werden, der den ganzen FaBo+ in Anspruch nimmt. Würde als Prozentunterhalt ein Betrag von € 1.197,88 ermittelt,<sup>29)</sup> musste der Unterhaltspflichtige bisher tatsächlich etwa € 1.000,- bezahlen. Hinter dieser monatlichen Unterhaltsleistung stand die folgende Rechnung:

23) *Gitschthaler*, Familienbonus Plus und Unterhaltsrecht, EF-Z 2019, 116 (117 ff); *ders*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup> Rz 759 c; so auch schon angedeutet bei *Neumayr*, Familienleistungen, Kindesunterhalt und Unionsrecht, iFamZ 2018, 177.

24) Nach OGH 4 Ob 150/19 s zB 6 Ob 208/19 k; 1 Ob 171/19 g; 3 Ob 154/19 x; 10 Ob 65/19 k.

25) Zu verfassungsrechtlichen Überlegungen noch unten.

26) Siehe noch nach FN 35.

27) Der OGH formuliert, der Gesetzgeber habe „auf die Vorgaben durch den Verfassungsgerichtshof reagiert“.

28) Vgl die Tabelle bei *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup> Rz 759 c. Der Unterhaltsanspruch wird also höher, wenn die Kürzung des Prozentunterhalts durch den Familienbeihilfenanteil (also den Formelbestandteil: „ProzentUh  $\times$  Grenzsteuersatz  $\times$  0,004“) höher ist als die bisherige Erhöhung durch die addierten Absetzbeträge.

29) Die Rsp berechnet natürlich nicht auf Nachkommastellen, sondern rundet etwa in Schritten von € 5,-. Für die Nachvollziehbarkeit sollen hier aber einerseits genauere Beträge angegeben und andererseits eine bisherige Zahllast von 1.000 angenommen werden, womit sich der Prozentunterhalt nahe an den Unterhaltsstopp bewegt, vgl. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>6</sup> 547.

gut funktioniert hat. Bei Prozentunterhalt von € 1.197,88 mussten nämlich € 598,94 aus steuerfreiem Einkommen stammen; das entspricht bei einem Grenzsteuersatz von 50% nach dem VfGH



Transferleistungen in Höhe von € 239,58.<sup>30)</sup> Von € 1.197,88 zahlte der Unterhaltspflichtige nun € 1.000,-, was ihm eine Ersparnis von € 197,88 brachte.<sup>31)</sup> Zusätzlich wurde er ohnehin durch den Unterhaltsabsetzbetrag und die Ersparnis durch Kinderfreibetrag um € 41,70 entlastet. Zusammen entsprach das ge-

30) Der VfGH nahm nämlich an, dass bei einem Grenzsteuersatz von 50% nicht dieser Prozentsatz zugrunde zu legen sei: Weil das zivilrechtliche Einkommen auch aus Quellen stammen könne, die einkommenssteuerrechtlich kein Einkommen darstellen oder dort (geringeren) Pauschalsteuersätzen unterfallen, sei eine Durchschnittssteuerlast von 40% anzunehmen.

31) Der Kinderabsetzbetrag beträgt € 58,40 monatlich (§ 33 Abs 3 EStG), die Familienbeihilfe beträgt ab dem zehnten Lebensjahr € 141,50 (§ 8 Abs 2 Z 3 lit c FLAG), sodass eine Anrechnung in dieser Höhe möglich ist.

nau der vom VfGH geforderten Ersparnis von € 239,58 vom Prozentunterhalt.

Statt tatsächlicher Steuerfreistellung wurde die Steuerfreistellung durch Transferleistungen erreicht, insb durch Anrechnung der Familienbeihilfe, die an den anderen (betreuenden) Elternteil ausgezahlt wurde.<sup>32)</sup>

Hätte man das alte Modell fortgeschrieben, hätte die Unterhaltsberechnung mit dem neuen FaBo+ gelautet:

32) Weil diese im Wesentlichen aus Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bestanden, war der Anrechnungsbetrag auch mit deren Summe gedeckelt.

$$1.112,50 = 1.197,88 - (1.197,88 \times 0,2^1) + 154,20^2)$$

Formel 3

<sup>1)</sup>  $0,2 = 50 \times 0,004$ .

<sup>2)</sup> Unterhaltsabsetzbetrag (€ 29,20) + monatlicher Familienbonus (€ 1.500/12).

Die effektive Belastung wäre für den Unterhaltspflichtigen dabei gleichgeblieben, die Unterhaltserhöhung wäre ja iS des beschriebenen Nullsummen-Spiegelbilds die weitergegebene Steuerersparnis gewesen. Den ursprünglich € 1.000,- wäre eine Steuerersparnis von € 41,70 gegenüberstanden (effektive Zahllast: € 958,30); den nunmehr € 1.112,50 wäre eine Steuerersparnis von € 154,20 gegenüberstanden (effektive Zahllast wiederum: € 958,30).

Damit wäre den Anforderungen des VfGH Genüge getan worden. Statt € 1.197,88 hätte der Unterhaltspflichtige „nur“ € 1.112,50 gezahlt, was eine Entlastung von € 85,38 dargestellt hätte. Zusammen mit FaBo+ und Unterhaltsabsetzbetrag (€ 154,20) hätte das derselben Steuerersparnis wie zuvor entsprochen.<sup>33)</sup>

Durch den Wegfall des bisherigen Mechanismus von Anrechnung einerseits und Erhöhung andererseits schuldet der Unterhaltspflichtige in Hinkunft aber den vollen Prozentunterhalt von € 1.197,88. Dem stehen allerdings nur € 154,20 an Transferleistungen gegenüber. Aus der effektiven Zahllast von € 958,30 werden nun € 1.043,68. Im Vergleich zum alten Modell zahlt er also um € 85,38 mehr.

Dem erklärten Zweck des FaBo+ entspricht das nicht. Ob das Ergebnis – in diesem Beispiel – mit den Vorgaben des VfGH in Einklang zu bringen ist, ist ebensowenig gesichert. Es gibt nur € 154,20 an Transferleistungen, die nur zu einer Steuerfreistellung von € 385,50 des Einkommens führen. Damit würde aber nicht die Hälfte des Prozentunterhalts, sondern nicht einmal ein Drittel aus steuerfreiem Einkommen stammen.

Im Beispiel wurde bisher außerdem mit einer folgenschweren Annahme gearbeitet, die sehr oft nicht der Realität entspricht,<sup>34)</sup> nämlich dass der Geldunterhaltspflichtige den FaBo+ allein nützt. Wird er zwischen beiden Eltern gesplittet, spitzt sich die Lage erheblich zu. Dann kann sich der Unterhaltspflichtige nämlich statt € 154,20 nur € 91,70 behalten. Eine Transferleistung von € 91,70 entspricht bei einem Steuersatz von 50% nach dem VfGH aber nur mehr einer Steuerfreistellung von € 229,25, also nicht einmal 20% des Prozentunterhalts im Beispiel. Das ist nicht viel, sondern möglicherweise verfassungsrechtlich bedenklich wenig.

## Erste Bewertung und Zusammenfassung der Ergebnisse

Auch wenn sich eine so grundlegend neue Rsp in der Praxis erst in vielfältigen Konstellationen bewähren muss, soll eine erste Bewertung versucht werden.

1. Die neue Unterhaltsbemessung trennt, was nie zusammengehört hat. Dem OGH gebührt Applaus dafür, dass er die Chance aufflackernden Mutes des Steuergesetzgebers ergriffen hat, um das Unterhaltsrecht auf neue Beine zu stellen. Es ist nicht erfolgversprechend, gegen den Wunsch des Gesetzgebers auf die Dauer einen Entlastungseffekt zu verhindern.

2. Auch der OGH war mutig, indem er Unterhaltsrecht und Steuerrecht getrennt hat.

a) In den besten Fällen führt die neue Rsp zu einer Erhöhung des Kindesunterhalts, die dank staatlicher deep pockets zur Win-win-Situation wird. Die Minderung der Steuerlast des Unterhaltspflichtigen macht den Nachteil des höheren Unterhalts oft mehr als wett.<sup>35)</sup> So hat sich der Steuergesetzgeber das auch gewünscht. Das ist insb bei jüngeren Kindern und damit niedrigeren Unterhaltsätzen der Fall, aber auch bei niedrigen Einkommen, bei denen die Freistellung durch den FaBo+ und den Unterhaltsabsetzbetrag ausreichend groß ist.

b) Bei höheren Einkommen und damit hohem Prozentunterhalt war die bisherige Minderung der Zahlungspflicht durch die anteilige Familienbeihilfenanrechnung für den Unterhaltszahler im Ergebnis günstiger als das neue Regime. Das oben angegebene Beispiel eines Prozentunterhalts an der oberen Grenze von knapp € 1.200,- hat verdeutlicht, dass es in solchen Fällen zu einer nennenswerten Mehrbelastung des Unterhaltspflichtigen kommt.

c) Diese Mehrbelastung kann man als unterhaltsrechtlichen Kollateralschaden sehen, der ohnehin keine Armen trifft. Allerdings findet in diesen Fällen die verfassungsrechtlich gebotene Freistellung des Einkommens, aus dem Unterhalt bezahlt wird, nicht mehr im erforderlichen Maß statt.

d) Die Situation spitzt sich durch die Konstruktion des FaBo+ zu. Der schönste Bonus ist nämlich nur halb so viel wert, wenn er – was praktisch der häufigste Fall sein wird – zu gleichen Teilen von beiden Eltern in Anspruch genommen wird. Wo das der Fall ist, verschiebt sich die Günstigkeit des Modells noch einmal erheblich zu Lasten des Unterhaltsverpflichteten, gleichzeitig zu Lasten des

33) Siehe FN voriger Absatz.

34) § 33 Abs 3 Z 3 lit a–c EStG; Neuhauser in *Schwimann/Kodek*, § 231 Rz 205; ders, *iFamZ* 2018, 196 (197).

35) Ohne den vergleichsweise hohen FaBo+ wäre das nicht möglich. Damit ist erforderlich, dass ein solcher Bonus die Zeit auch (wertbeständig) überstehen muss. Das aktuelle Regierungsprogramm plant allerdings sogar eine Erhöhung auf € 1.750,-.

Normzwecks des FaBo+ und auch zu Lasten der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

3. Die verfassungsrechtliche Schlagseite, die das neue Modell in manchen Konstellationen haben kann, ist auch der Grund dafür, dass ungeklärt ist, was eigentlich für Volljährige gilt.

a) Auch sie haben Anspruch auf Unterhalt, für sie steht aber gem § 33 Abs 3 a Z 1 lit b EStG nur ein Drittel des Familienbonus zu. Das ist aber wohl recht oft zu wenig, um den Unterhaltspflichtigen verfassungskonform zu entlasten.

b) Auch eine bloße Aufrechterhaltung der Familienbeihilfenanrechnung wäre allerdings nicht befriedigend. Durch den verminderten FaBo+ würde es dazu kommen, dass systemwidrig jüngere Kinder mehr Unterhalt bekommen als ältere.

4. Die neue Rsp löst daher manche Fragen, sie wirft allerdings auch neue Fragen auf, die nicht nur im Zivilrecht, sondern – nicht weniger wichtig – auch im Verfassungsrecht angesiedelt sind.

Peter Gruber/Martin Spitzer,  
Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, WU Wien

[LITERATUR IM ÜBERBLICK]

## Buchbesprechungen

### Internationales Familienrecht.

*EU-Verordnungen und Haager Übereinkommen zum Ehe-, Partner- und Kindschaftsrecht. Von Edwin Gitschthaler (Hrsg). Verlag Österreich, Wien 2019. LIV, 2950 Seiten, geb, € 398,-.*

In den letzten Jahrzehnten ist es zu einer rasanten Vereinheitlichung und Harmonisierung des europäischen und internationalen Familienrechts gekommen. Auch hat das internationale Familienrecht immer mehr Bedeutung in der Praxis bekommen. Das Buch von Gitschthaler und seinen Mitautoren verschafft nunmehr nicht nur inhaltlich einen Überblick über das gesamte europäische und internationale Familienrecht, sondern sorgt auch für einfache Auffindbarkeit der einschlägigen Vorschriften. Die Autoren haben nicht nur die österr, sondern auch ausländische Lit und Rsp berücksichtigt.

Das Werk kommentiert alle wesentlichen Vorschriften des internationalen Familienrechts in systematischer Weise. Einem der wichtigsten Bereiche des internationalen Familienrechts, der Brüssel IIA-Verordnung werden zB von Garber und Prisching mehr als 500 Seiten gewidmet. Eingehend und umfassend wird der zentrale Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts sowie seine Bedeutung für das österr Familienrecht beleuchtet, ebenso die zahlreichen Möglichkeiten der Gerichtsstände (zB Art 3 EuUVO; Art 3 Brüssel IIA; Art 4ff EhegüterVO/EhepartnergüterVO) einschließlich der Wahlmöglichkeiten (Gerichtsstands- und Rechtswahl) und das damit verbundene forum shopping. Neben den gängigen Themen Ehegüter-Verordnung, Partnerschaftsgüter-Verordnung, Rom II-Verordnung und Brüssel IIA-Verordnung finden sich auch die oft stiefmütterlich behandelten Themen des KSÜ, HKÜ, HAÜ, HUP, HUÜ sowie der EuSchMaVO.

Aufgrund der Vielzahl der Rechtsquellen ist es im internationalen Familienrecht oft schwierig, die im konkreten Fall anzuwendenden Rechtsakte zu finden. Das Werk von Gitschthaler hilft dabei, weil es alle wichtigen Normen des internationalen Familienrechts in einem Buch umfasst. Dieses ist sowohl für erfahrene FamilienrechtlerInnen als auch für JuristenInnen, die nur am Rande ihrer Tätigkeit mit dem Familienrecht zu tun haben, also für alle,

die mit dem Familienrecht in Berührung gelangen, ein tolles Nachschlagewerk.

Michaela Österle

### Einführung in das Strafprozessrecht.

*3. Aufl. Alles für Studium, Berufsausbildung und Pflichtverteidigung. Von Kurt Kirchbacher. Verlag Manz, Wien, 2019. XII, 210 Seiten, br, € 28,80.*

Ziel des Skriptums ist, das Strafprozessrecht so darzulegen, wie es in der Praxis der Gerichte und Staatsanwaltschaften mit Blick auf die Rsp des OGH angewendet wird. Es liegt nunmehr bereits in 3. Aufl vor. In dieser wurde die Rsp va im Bereich des Rechtsschutzes erweitert. Weiters wurden die Beispiele im Bereich der Nichtigkeitsgründe ausgebaut.

Das Werk bietet einen Überblick über das gesamte Strafverfahren, wobei es sich an der Gliederung der Strafprozessordnung orientiert: (I) Grundlagen, (II) Ermittlungsverfahren, (III) Hauptverfahren; (IV) Rechtsmittel gegen Urteile, (V) Ao Rechtsmittel und Rechtsbehelfe, (VI) Kosten und Vollstreckung der Urteile. In allen Kapiteln werden die zentralen Begriffe klar verständlich und stets aus der Sichtweise eines Praktikers definiert und erläutert, ohne dass der Verfasser in Detailprobleme abschweift. Das Werk eignet sich daher nicht nur als hervorragender Lehrbehelf in Studium und Berufsausbildung, sondern auch für Praktiker, die sich einen raschen Überblick über die jeweiligen Themenbereiche verschaffen möchten. Diesem Ziel dient insb eine Vielzahl von anschaulichen Beispielen, die zur leichteren Lesbarkeit im Text optisch unterlegt werden. Die zum Teil komplizierten Regelungen im Ermittlungsverfahren zur Zulässigkeit einzelner Maßnahmen werden dadurch anschaulich und leicht verständlich. Das Stichwortverzeichnis ist sehr ausführlich gehalten, sodass auch auf diesem Weg eine rasche Auffindung der gesuchten Informationen möglich wird.

Das Werk ist für Studenten, Berufsanfänger und alle Praktiker nachdrücklich zu empfehlen.

Marcus Schmitt