Entscheidungsbesprechung zu 4 Ob 8/19h:

Ausgleich der Geldunterhaltsverpflichtungen:

Unstrittig dürfte allgemein sein, dass bei beiden Eltern zunächst die Geldunterhaltsverpflichtungen nach der Prozentmethode zu ermitteln sind. Diese sind im zweiten Schritt jeweils im umgekehrten Verhältnis der Betreungszeit zu kürzen.

Dh: Betreut der Vater das Kind zu 40%, ist seine fiktive Geldunterhaltsverpflichtung auf 60% zu reduzieren. Die fiktive Geldunterhaltsverpflichtung der zu 60% betreuenden Mutter ist auf 40% zu reduzieren. Ergibt sich aus der Saldierung ein Überhang, ist dieser in die Rechnung so einzusetzen, dass der höher geldunterhaltspflichtige Elternteil das Ergebnis aus Geldunterhaltspflicht des höher geldunterhaltspflichtigen Elternteils minus Geldunterhaltspflicht des minder geldunterhaltspflichtigen Elternteils an den minder geldunterhaltspflichtigen Elternteil zu zahlen hat.

Aufteilung der Transferleistungen:

Die Judikatur ist **uneinheitlich** zur Frage **in welchem Verhältnis die Transferleistungen** aufzuteilen sind. 50:50 (4 Ob 8/19h) bzw. im Verhältnis der (ungekürzten) Prozentunterhalte (10 Ob 23/18g). ME wäre es sachgerecht, die Transferleistungen als Betreuungshilfe BEIDEN Elternteilen im Verhältnis der Betreuungszeiten zuzuweisen. Es ist mE auch nicht sachgerecht bei nur "annähernd" gleicher Betreuung die Transferleistungen 50:50 aufzuteilen, weil der mehrbetreuende Elternteil unsachlich benachteiligt würde.

Unterhaltsabsetzbeträge:

Aus der Entscheidung ergibt sich, dass die Mutter keine Lohnsteuer bezahlt[1]. Da der UAB – im Gegensatz zum KAB – nicht (auch) als Negativsteuer normiert ist[2], erhält die Mutter den UAB nicht. Überdies unterliegt AMS Geld – unabhängig von der Höhe - nicht der Lohnsteuer[3].

Es ist wieder ein Beispiel dafür, dass getrennte Eltern leider öfter nicht (ausreichend) kooperieren und solcherart Geld "liegen lassen"[4]. Würde die Mutter FBH und KAB erhalten, würde der Vater die UABE für drei Kinder erhalten (immerhin jährlich € 1.576,80 = monatlich € 131,20)[5]. Unter Berücksichtigung dieser Umstände MUSS DAS ERGEBNIS ZWINGEND (geringfügig) UNTERSCHIEDLICH ausfallen, je nachdem ob die Mutter die FBH und den KAB erhält und der Vater die UABE oder der Vater die FBH und den KAB und die Mutter keine UABE.

Das BG Salzburg als Erstgericht hat fehlerhafterweise auch die UABE in die Rechnung aufgenomenn, noch dazu mit unrichtigen Beträgen (€ 29,20, statt je € 43,80 [1.576,80 / 12 Moante durch 3]). Nicht nachvollziehbar ist, warum das Erstgericht trotz Bezugs der FBH und KAB dem Vater auch noch den UAB **unterhaltserhöhend** hinzurechnete. Evidentermaßen kann ein Elternteil nicht KAB UND UAB beziehen[6].

ME liegt der Fehler des BG Salzburg und des OGH in der E 4 Ob 8/19h darin, den Anteil der FBH des Vaters zwar nach dem Verhältnis der Prozentunterhalte zu kürzen von der Geldunterhaltspflicht abzuziehen, dann aber alles (auch den 6/7 Anteil an der FBH und dem KAB) nochmal um die Hälfte zu kürzen, was zu dem verwirrenden unrichtigen Zwischenergebnis und zur unrichtigen conclusio des OGH führte. DAS LG Salzburg geht ebenso vor. Aufgrund der E des BG Salzburg, die Familienbeihilfe und die KABE beim Vater zu belassen, wirkt sich der Fehler aber nicht so dramatisch aus. Auf den Fehler in dieser Vorgangsweise habe ich bereits früher hingewiesen[7].

Aus meinen Überlegungen ergeben sich folgende möglichen Formeln:

APU_{bvE}	Anteil besserverdienender Elternteil an der Summe der ungekürzten Prozentunterhalte
APU_{svE}	Anteil schlechterverdienender Elternteil an der Summe der ungekürzten Prozentunterhalte
$BETRZ_{bvE}$	Betreungszeitanteil des besser verdienenden Elternteils
$BETRZ_{svE}$	Betreungszeitanteil des schlechter verdienenden Elternteils
bvE	Besser verdienender Elternteil
FBH	Familienbeihilfe
KAB	Kinderabsetzbertrag
PU	Prozentunterhalt
RU	Restunterhaltsanspruch
svE	Schlechter verdienender Elternteil
TFLA	Transferleistungsausgleich
Tlei	Transferleistungen
UAB	Unterhaltsabsetzbetrag

1. TFLA hälftig („annähernd gleiche Betreuung“) – 4 Ob 8/19h

1.1. bvE erhält Familienbeihilfe und KAB; svE erhält UAB

Formel fürRestunterhaltsanspruch:

$RU = PU_{bvE}/2 – PU_{svE}/2 + Familienbeihilfe/2 + KAB/2 - UAB/2$

1.2. SVH erhält Familienbeihilfe und KAB; bvE erhält UAB

Formel Restunterhaltsanspruch:

$RU = PU_{bvE}/2 – PU_{svE}/2 - Familienbeihilfe/2 - KAB/2 + UAB/2$

2. TFLA nach Verhältnis der Prozentunterhalte - 10 Ob 23/18g

2.1. bvE erhält Familienbeihilfe und KAB; svE erhält UAB

Formel für Restunterhaltsanspruch:

RU = PU_{bvE} * $BETRZ_{svE}$ – PU * $BETRZ_{bvE}$ +FBH * APU_{svE} + KAB * APU_{svE} - UAB * APU_{bve}

2.2. svE erhält Familienbeihilfe und KAB; bvE erhält UAB

Formel für Restunterhaltsanspruch:

RU = PU_{bvE} * $BETRZ_{svE}$ – PU_{svE} * $BETRZ_{bvE}$ - FBH * VPU_{bvE} + KAB* VPU_{bvE} + UAB * APU_{svE}

3. TFLA nach Verhältnis der Betreuungszeiten

3.1. bvE erhält Familienbeihilfe und KAB; svE erhält UAB

Formel für Restunterhaltsanspruch:

RU = PU_{bvE} * $BETRZ_{svE}$ – PU_{svE} * $BETRZ_{bvE}$ + Familienbeihilfe * $BETRZ_{svE}$ + KAB* $BETRZ_{svE}$ - UAB* $BETRZ_{bvE}$

3.2. SVH erhält Familienbeihilfe und KAB; bvE erhält UAB

Formel Restunterhaltsanspruch:

RU = PU_{bvE} * $BETRZ_{svE}$ – PU_{svE} * $BETRZ_{bvE}$ - Familienbeihilfe * $BETRZ_{bvE}$ - KAB* $BETRZ_{bvE}$ + UAB* $BETRZ_{svE}$

Nicht zuletzt ist zu kritisieren, dass die derzeit gehandhabte Unterhaltsbemessung die Forderung nach einem hauptsächlichen Aufenthalt als formalen Anknüpfungspunkt für das Melderecht und den Bezug der FBH[8] und des KAB ad absurdum führt, wenn letztlich die FBH weit überwiegend bei dem Elternteil landen kann, der eben nicht den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes hat.

Zu „guter“ Letzt ist auch die Entscheidung des Bundesfinanzgerichts[9] zu berücksichtigen, die durchaus geeignet ist, nochmals alle Bemessungen über den Haufen zu werfen. Diese Entscheidung wird an anderer Stelle kommentiert werden.

Nicht verhehlen will ich nochmals, dass die Aufteilung der Transferleistungen (Familienbeihilfe, KABE und UABE) nach dem Verhältnis der Unterhaltszahlungen zu diskutieren ist. Der minderverdienende Elternteil

ist dadurch unangemessen benachteiligt. Eine Aufteilung nach der realen Betreuungszeit erscheint der Situtation am ehesten gerecht zu werden. Eine Rundung iS „annähernd gleich“ = 50:50, auch wenn die Betreuungszeit real 40:60 geteilt ist, ist abzulehnen. Ich stimme mit Gitschthaler überein, dass der FB+ beim betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell generell außer Betracht zu bleiben hat.

RA Dr. Günter Tews

---

[1] Die fiktiven Geldunterhaltsbeiträge der Mutter legen nahe, dass es sich um einen „Mangelfall „handelt, dh. dass die Summe aller fiktiven Unterhaltsbeiträge die Mutter unter das Unterhaltsexistenzminimum bringen würden. Die Unterhaltsbeiträge sind daher wohl anteilig gekürzt worden (EF-Slg 153.409; 153.407; 141.890; 141.886; 141.885; 138.298; 130.226; 130.222; 130.221; OGH 2010/05/05, 1 Ob 160/09z - verstärkter Senat).

[2] UFSS vom 21.03.2011, RV/0420-S/10; Jakom, EStG, Kommentar, § 33, Tz 64.

[3] § 3 Abs. 1 Z 5 lit. a EStG 1988

[4] Diese Situation ergibt sich ähnlich beim FB+ siehe Tews EF-Z 2019,8, wirkt sich dort aber noch mehr aus (bis zu € 500,00 pro Jahr)

[5] § 33 (4) Ziff. 3 EStG 1988

[6] In Fällen, in welchen ein Elternteil überhaupt nicht leistungfähig ist, wäre dies aber zu diskutieren. Allerdings wäre dies nur über den mühsamen Weg des Finanzamts, Bundesfinanzgerichts und VfGH zu erreichen (viel Aufwand für relativ wenig Geld)

[7] Auf diesen nach meiner Meinung vorliegenden Fehler habe ich bereits in EF-Z 2016, 245 und 245 Punkt d) hingewiesen; Der vorsitzende Richter des Rekurssenats des LG Linz Dr. Thomas Bauer hat mich schon damals auf diesen Fehler hingewiesen.

[8] zB OGH 30.08.2017, 3 Ob 71/17p

[9] BFG 22.08.2018, RV/7100659/2018