gen und diese Rückzahlungen in die UBGr einzubeziehen wären (vgl RIS-Justiz RS0000433, RS0013386 [T 10], RS0047261; 2 Ob 223/98b; 3 Ob 138/12h). Die Abgabengutschrift, die von den Vorinstanzen in die UBGr des Vaters eingerechnet wurde, basiert nicht auf solchen Aufwendungen, sondern auf dem uhrechtl neutralen Verlust aus der gewerblichen Tätigkeit, wobei dann bei der Ermittlung der UBGr auch die durch die Verluste ausgelösten Steuervorteile zu neutralisieren sind.

2. *[...]* Eine Pflicht zur amtswegigen Prüfung, ob das vom UhSchuldner zugestandene Einkommen und somit die UBGr um Steuerabsetzbeträge zu entlasten ist, besteht nicht: Auch im Bereich des vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten VaStr sind subjektive Behauptungs- und Beweislastregeln jedenfalls dann heranzuziehen, wenn über vermögensrechtl Ansprüche in einem Verfahren zu entscheiden ist, in dem sich die Parteien in verschiedenen Rollen gegenüberstehen (RIS-Justiz RS0006261 [T 1]).

EF-Z 2017/86

§§ 94, 231 ABGB

OGH 27. 2. 2017, 6 Ob 8/17w

Kindesunterhalt; Ehegattenunterhalt

➜ Aus Not erworbenes Eigeneinkommen

§§ 94, 231 ABGB

➜ Ist ein Ehegatte, um nicht zugrunde zu gehen, gezwungen, eine Beschäftigung anzunehmen, dann soll damit nicht der unterhaltspflichtige Ehegatte entlastet werden. Dadurch, dass der Unterhaltsberechtigte versucht hat, aus eigener Kraft der vom anderen Ehegatten verschuldeten prekären finanziellen Situation entgegenzuwirken, darf er bei der Unterhaltsbemessung nicht schlechter gestellt werden, als wäre er keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen.

➜ Eigenes Einkommen, das ein Ehegatte nur aufgrund der durch die Unterhaltsverletzung des anderen entstandenen Not erwirbt, hat somit außer Betracht zu bleiben, weil es ja im Falle der Unterhaltsleistung wieder wegfällt. Dies gilt aber nicht nur für den Unterhaltsanspruch in der Vergangenheit, sondern auch für jenen in der Zukunft.

➜ Zwischen dem Ehegattenunterhalt und dem Kindesunterhalt bestehen hier wertungsmäßig keine Unterschiede: Es wäre nicht einzusehen, warum sich der unterhaltsberechtigte Ehegatte, der aus der vom Unterhaltspflichtigen infolge seiner Nichtleistung verursachten Not einem Erwerb nachgehen muss, das daraus erzielte Einkommen nicht anrechnen lassen muss, während dies beim unterhaltsberechtigten Kind nicht der Fall sein sollte. Das Eigeneinkommen eines unterhaltsberechtigten Kindes ist auf dessen Unterhaltsanspruch somit nicht anzurechnen, wenn sich die Notwendigkeit einer Erwerbstätigkeit aus der Tatsache ergibt, dass der unterhaltspflichtige Elternteil seiner Verpflichtung nicht nachkommt und sich das Kind auf diesen Umstand beruft.

➜ Muss aber der unterhaltspflichtige Elternteil trotz Eigeneinkommens des unterhaltsberechtigten Kindes diesem den vollen Unterhalt bezahlen, so bedeutet dies umgekehrt, dass sich das Kind dann nicht darauf berufen kann, es könne wegen der Nebenbeschäftigung neben dem Studium länger als die Studiendurchschnittsdauer ohne Verlust des Unterhaltsanspruchs studieren. Im Ergebnis wird es die restliche Studiendauer dann wohl aus der Nachzahlung finanzieren können.

Anmerkung:

Der letzte Leitsatz bietet Anlass zu einer näheren Betrachtung möglicher Auswirkungen dieser Entscheidung. Die folgenden zwei Thesen sind Grundlage der folgenden Überlegungen:

IdR wirkt sich eine Arbeitstätigkeit des Kindes auf die Studiendauer verlängernd aus.

Eigeneinkommen des Kindes bewirkt entweder eine Verminderung der UhPflicht der Eltern oder das Eigeneinkommen des Kindes dient dazu, die Lücke zw Lebensbedarf des Kindes und UhPflicht der Eltern zu schließen.

Dabei sind verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden.

Fall 1: Der UhAnspr gegenüber den Eltern ohne Berücksichtigung eines Eigeneinkommens erreicht oder übersteigt den doppelten Regelbedarf:

Ein Eigeneinkommen würde den UhAnspr des Kindes mindern.[1] Das Kind hätte keinen Anspruch auf UhBemessung ohne Berücksichtigung des Eigeneinkommens. ME wäre dann aber dem Kind im Ausmaß der prozentuellen Minderung der UhVerpflichtung der Eltern eine Verlängerung der Durchschnittsstudiendauer zuzubilligen. IS der „familia intacta" würde der Fleiß des Kindes belohnt.

Beispiel: Das Eigeneinkommen des Kindes mindert die UhVerpflichtung der Eltern/des Elternteils um 25%. Die Durchschnittsstudiendauer für das fiktive Bachelorstudium beträgt 8 Semester, was 180/8 = 22,5 ECTS-Punkte pro Semester erfordert. Durch das Eigeneinkommen wäre dem Kind eine „Minderleistung" von 25% zuzubilligen. Statt 22,5 ECTS-Punkte müsste das Kind daher nur 75% von 22,5, das sind 16,875 ECTS-Punkte pro Semester erbringen, um den UhAnspr aufrechtzuerhalten.

Verallgemeinernd: In dem prozentuellen Ausmaß, in dem die UhBelastung der Eltern durch das Eigeneinkommen des Kindes gemindert wird, darf die Studienleistung des Kindes schlechter ausfallen bzw das Studium länger dauern.

Fall 2: Der UhAnspr gegenüber den Eltern ohne Berücksichtigung eines Eigeneinkommens des Kindes erreicht nicht den doppelten Regelbedarf:

Soweit das Eigeneinkommen erforderlich ist, um den Lebensbedarf des Kindes zu decken, ist es nicht anrechenbar und mindert daher nicht den UhAnspr gegen die Eltern. Die Mehrbelastung durch die Er-

1) Nach den gängigen Formeln (vgl *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ [2015] Rz 712ff und 717).

werbstätigkeit müsste sich aber auf die zulässige Studiendauer iS einer Verlängerung auswirken.

Beispiel: Beträgt der UhAnspr gegenüber den Eltern in Summe € 800,– (Student über 19 Jahre), muss das Kind € 316,– dazuverdienen, um den Lebensbedarf bei (unter)durchschnittlichen (= doppelter Regelbedarf 1. 7. 2016 bis 30. 6. 2017) Lebensverhältnissen zu decken.

Die notwendige Arbeit würde sich auf die zulässige Studiendauer wie folgt auswirken:

[UhLeistung = € 800,–]/[Lebensbedarf = € 1.116,–] = Lebensbedarf durch UhLeistungen der Eltern nur zu 71,6% gedeckt.

Die erlaubte Studiendauer ermittelt sich daher wie folgt:

[Allgemeine Durchschnittsstudiendauer = 8 Semester]/71,6% = 11,17 Semester

Fall 3: Der Unterhalts**anspruch** gegenüber den Eltern ohne Berücksichtigung eines Eigeneinkommens erreicht oder übersteigt den doppelten Regelbedarf, aber es liegt eine **UhVerletzung** vor (rezente Entscheidung):

Die Ausführungen des OGH führen dazu, dass mit tatsächlicher Leistung der UhNachzahlung die Beurteilung der durchschnittlichen Studiendauer neu erfolgen muss. Der Studentin wird wieder die allgemeine Durchschnittsstudiendauer zugebilligt, eine konkret längere Studiendauer muss von ihr selbst aus der UhNachzahlung finanziert werden.

Die Folgen der Entscheidung in Zahlen: Zu erschließen ist aus der Entscheidung, dass die Tochter mit Berücksichtigung des Eigeneinkommens € 325,– restlichen UhAnspr gegen den Vater hätte, ohne Berücksichtigung des Eigeneinkommens hingegen € 565,–. Der Sachverhalt entspricht damit Fall 1. Ob freiwillig oder erzwungen, das Kind entlastet den Vater um rund 58%. Für die verfahrensgegenständliche Zeit würde die Tochter € 240,– mtl nachbezahlt erhalten (€ 325,– wurden mit der Entscheidung erster Instanz rk). ME wäre daher der Tochter für die Zeit v 10. 2. 2016 bis zur Zustellung der OGH-Entscheidung eine Minderleistung im gleichen Ausmaß zuzugestehen. Letztlich geht es daher um die Verlängerung um ein Semester. Die Nachzahlung beträgt gerundet € 240,– x 14 = € 3.360,–. Muss die Tochter die längere Studiendauer selbst finanzieren (s Leitsatz), reicht dies für 6 Monate = ein Semester (€ 3.360,– : € 565,–).

Noch einmal komplizierter wird die Sache, wenn im Fall einer Eigenpflege des Kindes ein Elternteil immer seine UhPflicht voll erfüllt, der andere aber nicht. Es ließe sich durchaus überlegen, den voll zahlenden Elternteil ab Beendigung der allgemeinen Durchschnittsstudiendauer zu befreien und den anderen Elternteil für die verlängerte Studiendauer zur vollen UhLeistung ohne Berücksichtigung des zweiten Elternteils zu verpflichten.

Es soll aber auch eine Schwäche der Argumentation zugestanden werden. In der Durchschnittsstudiendauer, die das Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft mitteilt, sind alle Absolventen (mit und ohne Nebenbeschäftigung) erfasst. Die Studenten, die laufend einer Nebenbeschäftigung nachgehen, studieren signifikant länger als solche, die keinen Nebenjob haben.[2] Allerdings sollen sich Nebenbeschäftigungen bis 10 Wochenstunden nicht negativ auf die Studiendauer auswirken. Diese Unschärfen sind wohl bei der Uh„Bemessung" nach dem Einzelfall auch zu berücksichtigen, machen aber das Endergebnis schlechter vorhersagbar.

Zusammenfassend bleibt aber festzuhalten, dass insgesamt der diskutierte Leitsatz letztlich ohne Auswirkungen auf die gesamte UhVerpflichtung des Elternteils bleibt. Für den UhPfl hat für den Fall der Nachzahlung des Uh die UhVerletzung keine Verlängerung der UhPflicht zur Folge.

Vorschlag für ein Bemessungssystem:

Fall 1.1 Eigenpflege: UhAnspr gegenüber Eltern erreicht oder übersteigt den Lebensbedarf des Kindes:

allgemeine Durchschnittsstudiendauer/([UhAnspr gegenüber Eltern mit Eigeneinkommen] : [UhAnspr gegenüber Eltern ohne Eigeneinkommen]) = erlaubte konkrete Studiendauer

Fall 1.2 Kind im Haushalt eines Elternteils: UhAnspr gegenüber anderem Elternteil erreicht oder übersteigt den halben Lebensbedarf des Kindes:

allgemeine Durchschnittsstudiendauer/([UhAnspr gegenüber UhPfl mit Eigeneinkommen] : [UhAnspr gegenüber UhPfl ohne Eigeneinkommen]) = erlaubte konkrete Studiendauer

Fall 2.1 Eigenpflege: UhAnspr gegenüber Eltern deckt nicht den Lebensbedarf des Kindes:

allgemeine Durchschnittsstudiendauer/([UhAnspr gegenüber Eltern] : [Lebensbedarf des Kindes]) = erlaubte konkrete Studiendauer

Fall 2.2 Kind im Haushalt eines Elternteils: UhAnspr gegenüber anderem Elternteil deckt nicht den halben Lebensbedarf des Kindes:

allgemeine Durchschnittsstudiendauer/([UhAnspr gegenüber UhPfl : halber Lebensbedarf des Kindes]) = erlaubte konkrete Studiendauer

Fall 3. Hier bleibt die erfolgte UhNachzahlung ohne Einfluss auf die uherhaltende Studiendauer.

Günter Tews

Praxistipp:

Für Universitätsstudien:

Die Durchschnittsstudiendauer lässt sich beim Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft[3] mittels E-Mail[4] erfragen. Man erhält innerhalb weniger Tage die Durchschnittsstudiendauer österreichweit und für die konkrete Universität.

Für Fachhochschulen:

Die durchschnittliche Studiendauer (Median) für Fachhochschul-Studiengänge wird von der Abteilung IV/9 nicht ausgewertet und ist, anders als bei Studienrichtungen an den öffentlichen Universitäten, gesetzl auch nicht geregelt.[5] Prinzipiell ist ein Fachhochschul-

2) *Liu/Maier/Mnatsakanov/Morawetz*, Hat ein Nebenjob Einfluss auf die Studiendauer? (Projektarbeit, Juni 2004).
3) 1014 Wien, Minoritenplatz 5/Bankgasse 1; Büro: 141, Abteilung IV/9 Hochschulstatistik, Evidenzen zur Universitätssteuerung.
4) statistikwf@bmwfw.gv.at
5) Siehe § 9 Abs 3 und Abs 4 Universitäts-Studienevidenzverordnung 2004.

studium so gestaltet, dass es in der festgelegten Studienzeit abgeschlossen werden kann. FH-Studierende sind so generell angehalten, in Mindeststudienzeit (bspw 6 Semester für Bachelor- und 4 Semester für Masterstudien) zu studieren. Eine Unterbrechung des Studiums ist jedoch möglich. Die Gründe der Unterbrechung und die beabsichtigte Fortsetzung des Studiums sind nachzuweisen oder glaubhaft zu machen. Während der Unterbrechung können keine Prüfungen abgelegt werden.[6]

Günter Tews[7]

6) Siehe § 14 Fachhochschul-StudienG.
7) Rechtsanwalt, Linz/Wien.

EF-Z 2017/87

§ 67 EheG

OGH 26. 9. 2016, 4 Ob 82/16m (LGZ Wien 43 R 658/15f; BG Leopoldstadt 42 C 8/14y)

Geschiedenenunterhalt

➜ Belastungsgrenze beim Geschiedenenunterhalt

§ 67 EheG

Die Wortfolge in § 67 Abs 1 Satz 1 EheG „bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen" ist dahin auszulegen, dass diese „sonstigen Verpflichtungen" bloß als eine von mehreren Determinanten der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des geldunterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten zu verstehen sind. § 67 EheG gebietet somit eine Beschränkung der Unterhaltspflicht nach Billigkeit, unabhängig davon, welche Umstände zu einer derartigen Gefährdung geführt haben. Eine Differenzierung nach Ursachen der Gefährdung wäre auch sachlich schwer zu rechtfertigen.

Aus den Entscheidungsgründen:

1.1. Gem § 66 EheG hat der allein oder überwiegend schuldige Ehegatte dem anderen, soweit dessen Einkünfte aus Vermögen und die Erträgnisse einer Erwerbstätigkeit, die von ihm den Umständen nach erwartet werden kann, nicht ausreichen, den nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Uh zu gewähren.

Der OGH versucht sich erstmals an einer konkreten Belastungsgrenze im Geschiedenenunterhaltsrecht.

1.2. Der UhAnspr des verdienenden Geschiedenen beträgt grds 40% des gemeinsamen Einkommens abzüglich des eigenen Einkommens (*Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR [2011] § 66 EheG Rz 10 mwN).

1.3. Würde der allein oder überwiegend schuldige Ehegatte durch Gewährung des in § 66 EheG bestimmten Uh bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen den eigenen angemessenen Uh gefährden, so hat er gem § 67 Abs 1 Satz 1 EheG nur so viel zu leisten, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht.

2.1. Der Wortlaut des § 67 Abs 1 Satz 1 EheG lässt sowohl die Auslegung zu, dass die Wortfolge „bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen" eine Bedingung des Billigkeitsanspruchs statuiert, als auch die Auslegung, sie sei als bloße Determinante der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des gelduhpfl geschiedenen Ehegatten zu verstehen.

2.2. Im Schrifttum werden beide Auslegungsvarianten vertreten.

2.2.1. Nach *Volkmar/Antoni*, Großdeutsches Eherecht (1939) § 67 Anm 3, 261 (vgl auch *Maßfeller*, Das neue Ehegesetz [1938] § 67 Anm 3; *Rilk*, Das neue Eherecht [1938] § 67 Anm 3), kommt die Herabsetzung auf einen BilligkeitsUh nur dann in Betracht, wenn den Verpflichteten außer der UhPflicht noch andere Verbindlichkeiten treffen und wenn infolge des Zusammentreffens dieser verschiedenartigen Verbindlichkeiten eine Gefährdung des eigenen angemessenen Uh des Verpflichteten eintritt. Sei dies nicht der Fall, so sei für die Bemessung des Uh ausschließlich § 66 EheG maßgebend (so auch *Hoffmann/Stephan*, dtEheG [1950] § 59 Anm 2, 293). *Zankl/Mondel* (in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] § 67 Rz 2), die sich auf die genannten Literaturstellen berufen, vertreten ebenfalls, dass § 67 EheG nur unter der Voraussetzung anzuwenden sei, dass zu der UhPflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten weitere Verpflichtungen hinzutreten und gerade dadurch der eigene angemessene Uh des Verpflichteten gefährdet werde (zust auch *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 67 Rz 4; vgl auch *Feil/Marent*, Familienrecht § 63 EheG Rz 3; *Feil*, Ehegesetz § 67 Rz 1). *Gitschthaler* verweist idZ darauf, dass die Berücksichtigung der sonstigen Verpflichtungen ohnehin dem allgemeinen Grundsatz entspreche, wonach konkurrierende Sorgepflichten und bestimmte Abzugsposten von der UBGr bei der UhBem zu berücksichtigen seien.

2.2.2. Nach *Schwind* (in Klang[2] I 878) kann die Verkürzung der Angemessenheit des Uh des Verpflichteten bereits aus der Relation zw seinen durch die UhPflicht gekürzten Mitteln und seinen Bedürfnissen entstehen. Auch *Hirsch* (Der Billigkeitsbegriff im nachehelichen Unterhaltsrecht, JBl 2008, 545 [546]) hält ein nach § 67 EheG mögliches Abgehen von dem nach § 66 EheG bestimmten Uh bereits dann für geboten, wenn der verpflichtete Ehegatte „dadurch" seinen angemessenen Uh gefährden würde. Ähnlich vertreten *Hopf/Kathrein* (Eherecht[3] § 67 EheG Rz 1), dass § 67 EheG den UhAnspr nach § 66 EheG auf einen Anspruch nach „Billigkeit" einschränkt, wenn der UhPfl sonst den eigenen angemessenen Uh gefährdet. „Dabei" sind die „sonstigen Verpflichtungen" des Uhpfl, insb seine UhPflichten gegenüber Kindern und gegenüber einem neuen Ehegatten, zu berücksichtigen (vgl auch *Koch* in KBB[4] § 67 EheG Rz 1).

2.3. Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an. Die Wortfolge in § 67 Abs 1 Satz 1 EheG „bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen" ist dahin auszulegen, dass diese „sonstigen Verpflichtungen" bloß als eine von mehreren Determinanten der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des gelduhpfl geschiedenen Ehegatten zu verstehen ist. Dafür spricht nämlich, dass § 66 EheG keine Grundlage für eine UhBem nach Billigkeit bietet, mag diese Bestimmung auch unbestimmte Gesetzesbegriffe enthalten (1 Ob 231/10t), während die Gefährdung des angemessenen Uh des schuldig geschiedenen Ehegatten nach dem Zweck des § 67 EheG jedenfalls