

## Familienbeihilfe und Unterhaltsrecht

Von Univ.-Ass. Mag. Dr. Christian Huber, Wien

### Inhaltsübersicht

- I. Geschichtlicher Abriß
  1. Einleitung
  2. Steuer- und Beihilfenrecht
  3. Zivilrecht
    - a) Regelbedarfsjudikatur
    - b) Prozentjudikatur
    - c) Synthese
- II. Wechselwirkungen zwischen Steuerrecht und Zivilrecht
  1. Einfluß des Steuerrechts auf den Unterhaltsanspruch
  2. Der Unterhaltsanspruch als Voraussetzung für die Beihilfengewährung
- III. Rechtsnatur der Familienbeihilfe
  1. Gleichartigkeit staatlicher Leistungen
  2. Folgerungen aus dem Auszahlungsmodus der Familienbeihilfe
  3. Staatliche Leistungen und § 140 Abs 3 ABGB
- IV. Zusammenhänge zwischen Familienbeihilfe und Unterhaltsanspruch
  1. Regelbedarfsjudikatur und § 12 a FLAG BGBl 1974/418
  2. Folgerungen aus dem Erk VfSlg 8067
  3. § 12 a FLAG BGBl 1977/646, Inhalt und Verfassungsgemäßheit
- V. Einzelprobleme
  1. Das Kind als Adressat der Familienbeihilfe
  2. Familienförderung durch betriebliche Zulagen und steuerliche Entlastung
  3. Der Unterhaltsanspruch als Voraussetzung für die Familienbeihilfe
  4. Familienbeihilfe und Bestimmtheit des Exekutionstitels

### I. Geschichtlicher Abriß

#### 1. Einleitung

In den letzten Jahren beschloß der Gesetzgeber umfangreiche Änderungen im Unterhaltsrecht sowohl auf dem Gebiet des Zivilrechts<sup>1)</sup> als auch des Steuerrechts<sup>2)</sup>. Da es wechselseitige Abhängigkeiten gibt, stellt sich so manches Koordinierungsproblem, das bei der Gesetzgebung nicht immer beachtet wurde<sup>3)</sup> und somit zur Lösung an Rechtsprechung und Rechtswissenschaft<sup>4)</sup> weitergegeben wurde. Bei der Lösung dieser anstehenden Probleme sind auch weiter zurückliegende geschichtliche

<sup>1)</sup> BGBl 1970/342, 1975/412, 1977/403.

<sup>2)</sup> EStG: BGBl 1972/440, 1977/645; FLAG: BGBl 1977/646, 1979/550, 1980/269.

<sup>3)</sup> Hoyer, Urteilsanmerkung zur E des OGH in JBl 1973, 269; Ruppe, Einführung, in: Ruppe (Hrsg), Sozialpolitik und Umverteilung (1981) 1.

<sup>4)</sup> Tomandl, Grundriß des österreichischen Sozialrechts<sup>2</sup> (1980) 200 meint dazu: Wissenschaftlich ist dieser Bereich (das Familienlastenausgleichsrecht, Anm d Verf) noch so gut wie unbearbeitet.“

Entwicklungen zu berücksichtigen, da der Zweck der Norm häufig erst durch ihre Entstehungsgeschichte deutlich wird.

Waren 1811 — zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ABGB — viele Kinder noch ein Segen, da sie ua auch die Altersversorgung der Eltern sicherstellten, so bewirkten die sozialen Auswirkungen der industriellen Revolution eine andere Bewertung<sup>5)</sup>. Der von den Eltern an die Kinder geleistete Unterhalt konnte — anders als in der Landwirtschaft — bei der seit dem 19. Jahrhundert stark zunehmenden städtischen Bevölkerung nicht mehr als Vorleistung für eine spätere Altersversorgung angesehen werden. Was den Eltern verblieb, war die Last des Unterhalts, was wegfiel, war die spätere Gegenleistung der Altersversorgung. Diese wurde in zunehmenden Maß von der Sozialversicherung übernommen, die aber nicht nur den Unterhaltspflichtigen, sondern allen Staatsbürgern, also auch den Ledigen und kinderlosen Familien zugute kommt. Unter diesem Aspekt schien es daher gerechtfertigt, den gleich verteilten Vorteilen auch einen Ausgleich bei den Belastungen folgen zu lassen<sup>6)</sup>.

#### 2. Steuerrecht und Beihilfenrecht

In wirtschaftlich schwierigen Zeiten wird die ungleiche soziale Belastung von Ledigen und Familien besonders drückend empfunden, was den Gesetzgeber zu Abhilfen veranlaßt. So setzte der Gesetzgeber sowohl nach dem Ersten<sup>7)</sup> als auch nach dem zweiten Weltkrieg Maßnahmen zur Bewirkung eines Familienlastenausgleichs<sup>8)</sup>. Die zunächst vorgenommene Subventionierung von Grundnahrungsmitteln wurde dann jeweils durch Zulagen für die Arbeitnehmer sowie deren Unterhaltsberechtigte ersetzt<sup>9)</sup>. Bereits damals wurde sichergestellt, daß das Kind in den Genuß der Beihilfe gelangen sollte, obgleich man sie dem Vater (Unterhaltsschuldner) ausbezahlt<sup>10)</sup>.

Vor 1914 betrug die maximale Einkommensbesteuerung lediglich 4%, und es hatten nur wenige Staatsbürger Einkommensteuer zu bezahlen<sup>11)</sup>. Mit Ansteigen der Progression und Einbeziehung

<sup>5)</sup> Dazu ausführlich Seidl, Theoretische Grundlagen der Sozialpolitik, in: Ruppe, Sozialpolitik, 31 ff.

<sup>6)</sup> 549 BlgNR 11. GP.

<sup>7)</sup> Und nicht erst nach 1945, wie Tomandl, Sozialrecht 200 irrtümlich annimmt.

<sup>8)</sup> BGBl 1921/716, 1948/217, 1949/31; Piegler, Der Anspruch auf Kinderbeihilfe, ÖJZ 1960, 286 ff; Stockart—Bernkopf, Gehört die Familienbeihilfe der Familie oder dem Kind? ÖAV 1974, 49.

<sup>9)</sup> Zu den auch weltanschaulich motivierten Gründen, eine staatliche Unterstützung in Geld oder Naturalien zu gewähren vgl Seidl, Grundlagen 24 ff.

<sup>10)</sup> § 13 BGBl 1921/716.

<sup>11)</sup> Schimetschek, Bemerkungen zur geplanten Reform der Familienbesteuerung, FJ 1972, 49.

immer weiterer Kreise der Bevölkerung wurden unterschiedliche Unterhaltslasten dann auch bei der Besteuerung berücksichtigt, sodaß es zu einem dualistischen System, einem Nebeneinander von Steuerersparnis und Beihilfe kam<sup>12)</sup>.

Aus dieser kurzen Skizzierung wird deutlich, daß dem Gesetzgeber verschiedene Instrumente zur Bewirkung eines Familienlastenausgleichs, also einer interpersonalen Umverteilung zugunsten der kinderreichen Familien<sup>13)</sup> zur Verfügung stehen: entweder eine Subventionierung lebensnotwendiger Güter, die Familien eben in stärkerem Maße benötigen als Einzelpersonen oder aber die direkte Zuleitung der Geldmittel an die Betroffenen — sei es in Form von Beihilfen oder Steuernachlässen<sup>14)</sup>.

Einen Familienlastenausgleich hatte der einfache Gesetzgeber also bereits verwirklicht, noch ehe ein eigener Kompetenzabstand dafür existierte, der erst 1954 geschaffen wurde (Art 10 Abs 1 Z 17 B-VG)<sup>15)</sup>. Die Schaffung eines eigenen Kompetenzabstandes für den Bund hatte aber die Auswirkung, daß ab 1. 1. 1955 dann alle Bevölkerungskreise, also auch die Selbständigen, in den Familienlastenausgleich eingebunden wurden<sup>16)</sup>.

Mit zunehmender Bedeutung des Einkommensteuerrechtes wurden die steuerlichen Entlastungen immer wichtiger. Maßstab für die Besteuerung ist die Leistungsfähigkeit, die sich im Einkommen widerspiegelt<sup>17)</sup>. Da aber ein Unterhaltspflichtiger bei gleichem Einkommen weniger leistungsfähig ist als jemand ohne Unterhaltspflichten, hielt man es für folgerichtig, diesen Umstand durch einen Abzugsposten von der Bemessungsgrundlage und damit einer vom Grenzsteuersatz abhängigen Steuerersparnis zu berücksichtigen. Der progressiv ausgestaltete Tarif bringt es dann mit sich, daß die Unterhaltspflichtigen mit dem höchsten Grenz-

steuersatz — dh dem höchsten Einkommen — am meisten begünstigt werden, ein Ergebnis, das aus verteilungs- und sozialpolitischen Gründen als wenig wünschenswert erschien<sup>18)</sup>.

Bei Berücksichtigung des Umstands, daß Steuerersparnis letztlich auch nichts anderes ist als eine staatliche Zuwendung und die Höhe einer Sozialbeihilfe nicht mit steigendem Einkommen zunehmen sollte, ersetzte man dann durch die Nov BGBl 1972/440 den Kinderfreibetrag durch einen Kinderabsetzbetrag, statt des Abzuges von der Bemessungsgrundlage war nunmehr ein Abzug von der Steuerschuld möglich. Diese Änderung war nicht nur steuertechnischer Natur — daß die Berücksichtigung an anderer Stelle bei der Ermittlung der Steuerschuld erfolgte — sondern hatte die Konsequenz, daß jedem die gleiche Steuerersparnis zugute kam, sofern er überhaupt Steuerleistungen in Höhe der gewährten Absetzbeträge leistete.

Von da war es nur mehr ein kleiner Schritt, die Absetzbeträge durch eine entsprechende Aufstockung der Familienbeihilfe zu ersetzen<sup>19)</sup>. Die Zahl der Anspruchsberechtigten wurde dadurch insofern erweitert, als auch die in den Genuß staatlicher Förderung kamen, die bisher keine Einkommensteuer bezahlten (zB kinderreiche Familien, Mütter im Karenzjahr, Arbeitslosenbezieher)<sup>20)</sup>.

### 3. Zivilrecht

Im Bereich des Zivilrechts gab es lange Zeit erhebliche Auffassungsunterschiede, wie der Unterhalt zu bemessen sei. Die Regelbedarfsjudikatur schien der Prozentjudikatur unversöhnlich gegenüberzustehen. Insbesondere im Sprengel des LGZRS Wien war das deutlich, da die beiden Rechtsmittelsenate bis 1. 4. 1975 unterschiedlich judizierten<sup>21)</sup>, ehe diese Divergenz in Wien durch eine Entscheidung des Personalsenats<sup>22)</sup> auf Zusammenlegung der Senate 43 und 44 beseitigt wurde<sup>23)</sup>. Worin bestanden aber nun die Unterschiede

<sup>12)</sup> Doralt—Ruppe, Grundriß des österreichischen Steuerrechts I (1978) 128.

<sup>13)</sup> Tomandl, Sozialrecht 200.

<sup>14)</sup> Es fällt auf, daß ab dem Zweiten Weltkrieg eine legistische Verknüpfung zwischen Beihilfen- und Steuerrecht gegeben war. § 2 Abs 2 ErnährungsbeihilfenG BGBl 1948/217 macht die Begünstigung von § 39 EStG, also der Kinderermäßigung im Steuerrecht, abhängig. Der heutige Gesetzgeber geht den umgekehrten Weg, indem er verschiedene Steuerbegünstigungen vom Bezug der Familienbeihilfe abhängig macht (§ 119 EStG; § 18, § 33 Abs 4 Satz 2, §§ 34, 67, 108 EStG). Zur Anknüpfung an das EStG vgl Ruppe, Die Feststellung der ökonomischen Position von Wirtschaftssubjekten mit Hilfe steuerlicher Maßgrößen, in: Ruppe, Sozialpolitik 207 ff.

<sup>15)</sup> Burkert—Hackl—Wohlmann—Reinold, Kommentar zum FLAG 1967 (1977) mit Nachträgen bis 1981, zu § 1; Piegler, Kindergeld in Österreich, FamRZ 1958, 50.

<sup>16)</sup> Der Familienlastenausgleich war das erste Subsystem der sozialen Sicherheit, in das die gesamte Bevölkerung eingebunden wurde. Vgl dazu Binder—Ruppe, Systematische Bestandsaufnahme der Leistungsbereiche, in: Ruppe, Sozialpolitik 275; Burkert ua, Kommentar zu § 2; Tomandl, Sozialrecht 200.

<sup>17)</sup> Zimmermann—Henke, Einführung in die Finanzwissenschaft<sup>2</sup> (1978) 111.

<sup>18)</sup> Vgl das bei Seidl, Grundlagen 62 ff referierte Konzept einer „negative income tax“, das besonders im anglo-amerikanischen Bereich eingehend diskutiert wurde. Danach würden Freibeträge, die sich im geltenden Recht für Bezieher geringer Einkommen nicht auswirken — da man eben nicht weniger als keine Steuer bezahlen kann — dazu führen, daß der Steuerpflichtige von der Finanzbehörde etwas zurück erhält; daher der Name negative Steuer.

<sup>19)</sup> BGBl 1977/645 und 646.

<sup>20)</sup> Es wurde damit für die Bezieher geringer Einkommen das von den Vertretern der „negative income tax“ geforderte Ergebnis erzielt. Wohlmann, Änderungen im Familienlastenausgleich, ÖStZ 1978, 2 berichtet, daß die RV schätzte, daß sich dadurch für 600.000 Kinder eine Begünstigung ergeben hat.

<sup>21)</sup> Der Senat 43 entschied nach der Regelbedarfsjudikatur, der Senat 44 nach der Prozentjudikatur. Da beide Auffassungen zu ganz verschiedenen Ergebnissen in bezug auf die Unterhaltshöhe führten, war die Höhe des durchsetzbaren Unterhalts vom Zufall der Geschäftsverteilung abhängig.

<sup>22)</sup> Kirchner, Neue Unterhaltsrechtsprechung in Wien, ÖAV 1975, 35.

<sup>23)</sup> 1974 waren sich beide Standpunkte noch unver-

zwischen der Regelbedarfs- und der Prozentjudikatur?

#### a) Regelbedarfsjudikatur

Diese geht vom Kind aus und fragt, welcher Geldbetrag notwendig ist, um die durchschnittlichen Bedürfnisse eines Kindes decken zu können. Dabei nimmt sie einen nach dem Alter gestaffelten, ansonsten aber einheitlichen Durchschnittsbedarf an, der vom Unterhaltspflichtigen — sofern ihm das auf Grund seiner finanziellen Leistungsfähigkeit zumutbar ist — zu tragen ist. Unter Durchschnitts- bzw. Regelbedarf<sup>24)</sup> ist jener Bedarf zu verstehen, „den jedes Kind eines bestimmten Alters in Österreich ohne Rücksicht auf die konkreten Lebensverhältnisse von Vater und Mutter und die Anlagen des Kindes, sowie die (weiteren) Umstände, unter denen es aufwächst, hat, um so leben zu können, wie der Durchschnitt gleichaltriger Kinder“<sup>25)</sup>. Die Zumutbarkeit der Tragung des Regelbedarfes wird davon abhängig gemacht, ob der sich aus dem Regelbedarf ergebende Betrag noch innerhalb der Belastbarkeitsgrenzen des Einkommens des Unterhaltspflichtigen liegt oder nicht. Diese werden in Anlehnung an § 5 LPfG ermittelt, obwohl § 6 LPfG normiert, daß die Pfändungsfreibeträge für Unterhaltsgläubiger gerade nicht zur Anwendung kommen sollen. Pichler<sup>26)</sup> begründet dies damit, daß es sich beim LPfG um eine Exekutionsvorschrift — formelles Recht — handelt und der Gesetzgeber nicht wollte, daß § 6 LPfG schon bei der Bemessung — im materiellen Recht — Berücksichtigung finden soll. Dabei ist aber merkwürdig, daß für die Auslegung des materiellen Rechts von zwei Exekutionsnormen — §§ 5 und 6 LPfG — gerade die herangezogen wird, die den in Frage stehenden Sachverhalt nicht regelt. Der Gesetzgeber hat aber mE in bewußter Abwägung unterschiedlicher Sachverhalte die Exekutionsgrenzen in Unterhaltsangelegenheiten verschoben, da er davon ausgeht, daß es die Pflicht der Eltern ist, mit ihren Kindern auch das letzte Stück Brot zu teilen<sup>27)</sup>. Zieht man § 5 LPfG schon bei der Bemessung heran, so würde § 6 LPfG völlig leerlaufen. Eine Norm ist aber idR nicht so auszulegen, daß sie ihren Anwendungsbereich verliert, was ebenfalls gegen die Auffassung Pichlers spricht.

Findet der Regelbedarf innerhalb der Belastbarkeitsgrenze des Unterhaltsschuldners seine Deckung, so ist die Unterhaltsbemessung damit abgeschlossen, es sei denn, der Unterhaltsberechtigte macht einen Sonderbedarf geltend. Darunter ver-

söhnlich gegenübergestanden, jeder Vertreter behauptete, daß die Meinung des anderen nun nicht mehr dem Gesetz entspreche. So Ratzenhöfer (Senat 43) und Scheidl (Senat 44) in: Diskussionsbeiträge zum Referat Dr. Knell, ÖAV 1974, 17 f.

<sup>24)</sup> Der Begriff „Regelbedarf“ stammt nicht aus dem ABGB, sondern ist § 1615 f dBGB entnommen.

<sup>25)</sup> Pichler, Einige Probleme des neuen Unterhaltsrechts, ÖRZ 1972, 43.

<sup>26)</sup> ÖRZ 1972, 43.

<sup>27)</sup> So auch Gschnitzer—Faistenberger, Österreichisches Familienrecht<sup>2</sup> (1979) 108.

steht man solche Aufwendungen, die von dem den Durchschnittsbedarf deckenden Betrag nicht erfaßt sind. Für einen solchen Sonderbedarf trägt jedoch der Unterhaltsgläubiger die Beweislast, und er wird wiederum nur dann zugesprochen, wenn er noch innerhalb der Belastbarkeitsgrenzen des Unterhaltspflichtigen seine Deckung findet<sup>28)</sup>. Soweit also kein Sonderbedarf vorliegt, oder zumindest nicht geltend gemacht wird, ist die Unterhaltspflichtung eines Vaters mit einem Monatseinkommen von S 10.000,— und S 50.000,— gleich hoch<sup>29)</sup>. Sie beträgt je nach Alter des Kindes zwischen S 1150,— und S 2500,—<sup>30)</sup>. Da der Regelbedarf, wie gleich zu zeigen sein wird, nur Grundbedürfnisse abdeckt, besteht sehr häufig die Notwendigkeit, wegen eines Sonderbedarfs Abänderungsanträge bei Gericht zu stellen; unter dem Gesichtspunkt, das Gericht so wenig wie möglich in Anspruch nehmen zu müssen, eine denkbar unökonomische Vorgangsweise<sup>31)</sup>!

Was den Umfang des Durchschnittsbedarfes betrifft, so stützt sich diese Judikatur auf die von Danninger ermittelten Werte<sup>32)</sup> und paßt sie regelmäßig an die Inflationsrate an. Dagegen hat Danninger selbst schwere Bedenken vorgebracht<sup>33)</sup>. Er zeigte einige Mängel auf, die in der begrenzten Verwertbarkeit zurückliegender statistischer Untersuchungen wurzeln<sup>34)</sup>.

1. Seit dem Zweiten Weltkrieg leben wir in einer wachsenden Wirtschaft. Wird daher beim Anpassungsfaktor lediglich der Inflationsindex berücksichtigt, so läßt man den Unterhaltsberechtigten gerade nicht an der allgemeinen Wohlstandsmehrung teilnehmen, weshalb als geeigneter Faktor eher die Steigerungsrate des Bruttonationalproduktes herangezogen werden sollte<sup>35)</sup>. Diese Überlegung ist mE besonders im Unterhaltsrecht zu berücksichtigen, da hier die Beachtlichkeit der *clausula rebus sic stantibus* die Anpassung an geänderte Umstände bewirkt<sup>36)</sup>.

2. Eine weitere Verzerrung ergibt sich daraus, daß bei Verwendung des Laspeyre-Index die Zusammensetzung des Warenkorb konstant bleibt, während sich in einer wachsenden Wirtschaft die

<sup>28)</sup> Darin zeigt sich nach Auffassung der Regelbedarfsjudikatur, daß die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen — wie im Gesetz gefordert — Berücksichtigung findet.

<sup>29)</sup> Knell, Das neue Unterhaltsrecht in der Praxis, ÖAV 1973, 62.

<sup>30)</sup> EFSlg 35.621 ff.

<sup>31)</sup> Vgl die Umstände, die zur Einführung des § 10 a EO durch die Nov BGBl 1922/460 geführt haben.

<sup>32)</sup> Danninger, Durchschnittliche Verbrauchsausgaben für ein unversorgtes Kind in Arbeitnehmerhaushalten, Statistische Nachrichten 1970, 316 ff.

<sup>33)</sup> Danninger, Die Unterhaltskosten des österreichischen Kindes, ÖAV 1972, 78.

<sup>34)</sup> Danninger, Regelbedarf nach Danninger, ÖAV 1972, 17.

<sup>35)</sup> Das gilt natürlich auch vice versa für eine schrumpfende Wirtschaft; schlechte Zeiten müssen sich dann auch auf Unterhaltsansprüche auswirken!

<sup>36)</sup> Koziol—Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts<sup>5</sup> I (1979) 114.

Struktur der nachgefragten Güter und Leistungen ständig wandelt<sup>37)</sup>. Das gilt für den einzelnen Haushalt ebenso wie für die gesamte Volkswirtschaft. D a n n i n g e r<sup>38)</sup> meint, daß bei der gegenwärtigen wirtschaftlichen Entwicklung die Anpassung mittels Inflationsindex bewirkt, daß mit dem zugesprochenen Betrag der Regelbedarf immer weniger gedeckt werden kann<sup>39)</sup>.

3. Wenn behauptet wird, daß mit dem Durchschnittsbedarf nicht das Auslangen gefunden wird, so wendet P i c h l e r<sup>40)</sup> dagegen ein, daß im erfaßten Warenkorb auch Güter enthalten sind, die jedenfalls nicht unter den gesetzlichen Unterhaltsbegriff des § 672 ABGB fallen, somit ohnehin schon mehr berücksichtigt wird. Hier stellt sich aber eine methodische Prinzipienfrage, ob Gesetze statisch — auf den Zeitpunkt ihrer Erlassung bezogen — oder dynamisch — unter Berücksichtigung der weiteren Entwicklung — auszulegen sind. Die dynamische Interpretation ist heute hL und wird auch vom OGH<sup>41)</sup> anerkannt. Daher umfaßt der Begriff Unterhalt anno 1982 mehr als bei Inkrafttreten des ABGB, da sich die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse geändert haben<sup>42)</sup>.

4. Einen weiteren Gesichtspunkt nennt D a n n i n g e r<sup>43)</sup> noch, von dem zwar feststeht, daß er in der Realität zu höheren Aufwendungen führt, von dem aber zweifelhaft ist, ob dies auch durch eine entsprechende Erhöhung des Unterhaltsanspruchs abzugelten ist. In einer Restfamilie — ein Elternteil samt Kind — ergeben sich relativ höhere Kosten als in einer vollständigen Familie, da etwa eine erhöhte Verwendung teurer Tiefkühlkost und Konserven sowie die Anschaffung zeit- und arbeitssparender Geräte notwendig ist. Darüber hinaus verteilen sich die fixen Kosten — wie etwa Wohnung, Inventar, Grundgebühr für Energie und Telefon, Auto — auf weniger Personen, was zwangsläufig zu einer höheren Belastung des einzelnen führen muß<sup>44)</sup>. S c h ü c h<sup>45)</sup> meint zwar, daß solche Kosten grundsätzlich zu berücksichtigen

sind, aber die Rechtsprechung bezieht, soweit ersichtlich, diesen Aspekt kaum in die Unterhaltsbemessung ein<sup>46)</sup>.

Das Gesetz stellte bereits durch § 166 a ABGB, nunmehr aber noch deutlicher in § 140 ABGB eheliche und uneheliche Kinder gleich. Da uneheliche Kinder — aber nicht nur diese<sup>47)</sup> — häufig in Restfamilien aufwachsen, in diesen aber zur Deckung gleicher Bedürfnisse höhere Mittel notwendig sind — würde dies dazu führen, daß der Unterhaltspflichtige zumindest nominell mehr für das uneheliche Kind aufzuwenden hätte als für das eheliche, das mit ihm im gemeinsamen Familienverband lebt. Was der Unterhaltspflichtige in einer vollständigen Familie an fixen Kosten für sich selbst ausgibt, das müßte er dem getrennt lebenden Kind in Form einer höheren Geldleistung — zumindest anteilig — abgelten. Doch weder die Materialien<sup>48)</sup> noch die Amtsvormünder<sup>49)</sup> gehen so weit. Haben die getrennt lebenden Eltern unterschiedliche Einkommensverhältnisse — ist der Vater „reich“, die Mutter „arm“, um es vereinfacht auszudrücken —, so ist der Unterhaltsanspruch des bei der „armen“ Mutter lebenden Kindes gegen seinen Vater geringer als wenn auch die Mutter „reich“ wäre<sup>50)</sup>. Begründet wird dies damit, daß die Mutter nicht am Unterhalt des Kindes mitmachen soll. Außerdem werden pädagogische Gründe vorgebracht: Sehr hohe Unterhaltsleistungen an ein Kind in bescheidener Umgebung würden diesem mehr schaden als nutzen<sup>51)</sup>.

All diese Argumente sind mE nicht überzeugend und ergeben sich auch nicht zwingend aus dem Gesetzeswortlaut. Wenn es sich um unteilbare Leistungen handelt, wie zB Wohnung, die notwendigerweise Kind und Mutter zugutekommen, so erscheint es nicht unbedingt logisch, sie dem Kind immer dann schon zu verwehren, wenn auch jemand an-

Anzahl der Familienmitglieder vgl Seidl, Bedürftigkeitsmessung 109.

<sup>37)</sup> Das österreichische Kindschaftsrecht, ÖAV 1980, 51.

<sup>38)</sup> Anders aber bei § 1327 ABGB, wo die Fixkosten jedenfalls zu ersetzen sind. Vgl ZVR 1975/65, 1976/144, 1980/71; SZ 49/26.

<sup>39)</sup> Kinder aus geschiedenen Ehen befinden sich oft in der gleichen Lage. Vgl G s c h n i t z e r, Grundsätzliches zur Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, JBl 1966, 397.

<sup>40)</sup> 6 BlgNR 12. GP, 24.

<sup>41)</sup> Strauß—Stockart—Bernkopf, Höhe des Unterhaltes für das ue Kind nach der neuen Gesetzeslage, ÖAV 1971, 32.

<sup>42)</sup> So auch K r o p i u n i g, Probleme der Bemessung des Unterhalts für Kinder, NZ 1976, 11. Außer Betracht bleibt hier der Umstand, daß die Mutter, die eigene Einkünfte bezieht, davon zum Kindesunterhalt beizutragen hat, wodurch sich uU der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Vater mindert. Indem die Mutter das Kind betreut, erbringt sie aber nach § 140 Abs 2 ABGB bereits ihren Unterhaltsbeitrag, sodaß für die finanziellen Aufwendungen ausschließlich der Vater aufzukommen hat.

<sup>43)</sup> S c h ü c h, Die neue Rechtsprechung in Unterhaltssachen minderjähriger Kinder im Sprengel des LGZRS Wien, ÖAV 1976, 114.

<sup>37)</sup> Preissteigerungen bei Brot und Fett (inferioren Gütern) wirken sich bei größerem Wohlstand nicht mehr so stark aus wie in Nachkriegszeiten, da diese Güter in geringerem Ausmaß nachgefragt werden. Das Ausmaß der Inflation bei diesen Gütern ist daher nur bedingt aussagefähig für die notwendige Anpassung des Durchschnittsbedarfs, der sich heute aus ganz anderen Gütern zusammensetzt.

<sup>38)</sup> ÖAV 1972, 17.

<sup>39)</sup> Seidl, Bedürftigkeitsmessung als ökonomisches Problem, in: Ruppe, Sozialpolitik 126 meint jedoch, daß durch den Laspeyre-Index mehr als die Inflationsrate abgegolten wird, da die Substitutionseffekte unberücksichtigt bleiben.

<sup>40)</sup> ÖRZ 1972, 42.

<sup>41)</sup> ZB JBl 1981, 266.

<sup>42)</sup> Ebenso hat die systematische Interpretation zu einer Modifikation des Unterhaltsbegriffes geführt. Durch die Nov BGBI 1975/412 und 1977/403 wurde auch die Haushaltsführung in den Unterhaltsbegriff einbezogen.

<sup>43)</sup> ÖAV 1972, 17.

<sup>44)</sup> Zur Abhängigkeit der Haushaltskosten von der

derer daraus einen Vorteil zieht. Es wäre mE genauso gut vertretbar, das Augenmerk auf die Bedürfnisse des Kindes zu lenken<sup>52)</sup> und es eben in Kauf zu nehmen, daß auch jemand anderer davon profitiert. Eine weitere Stütze für diese Auffassung ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, der auf den Output — die Deckung der Bedürfnisse des Kindes — und nicht auf den Input — die dafür aufgewendeten Mittel, abstellt<sup>53)</sup>. Eine Mittellösung könnte darin bestehen, dem Kind zumindest die anteiligen fixen Kosten zuzusprechen.

In der Praxis dürften sich jedoch erhebliche Widerstände gegen „allzu hohe“ Unterhaltsleistungen an das getrennt lebende Kind ergeben. Die von G s c h n i t z e r<sup>54)</sup> 1966 erhobene Behauptung, daß der uneheliche Vater in der Praxis nicht einmal die Hälfte des Benötigten leistet, trifft zwar nach der derzeitigen Unterhaltsrechtsprechung nicht mehr zu, ob aber das in einer Restfamilie aufwachsende Kind in der Realität die gleiche Deckung seiner Bedürfnisse erfährt wie das eheliche Kind in einer vollen Familie, muß auch heute noch bezweifelt werden.

Aber im Unterhaltsrecht geht es nicht nur um die Interessen des Kindes, sondern auch um jene des bzw der Unterhaltspflichtigen<sup>55)</sup>. So hat schon K r a l i k<sup>56)</sup> 1971 betont, daß es auch gesellschaftspolitische Überlegungen für eine Begrenzung des Unterhalts an uneheliche Kinder gibt, etwa um dem außerehelichen Vater eine spätere Familiengründung nicht unmöglich zu machen. Seine Einwände mögen zwar rechtspolitisch durchaus geboten und vernünftig sein, allein im novellierten Unterhaltsrecht des ABGB finden sie keine Deckung.

#### b) Prozentjudikatur

Diese geht nicht von den Bedürfnissen des Kindes, sondern von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen aus und setzt einen bestimmten Anteil (Prozentsatz) von seinem Nettoeinkommen als Unterhalt fest<sup>57)</sup>. Damit ist eine an der jeweiligen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten orientierte Unterhaltsbemessung gewährleistet, die der Kräfteformel des § 140 ABGB besser entspricht als die Regelbedarfsjudikatur. Auch unter dem Aspekt der Beweislastverteilung begünstigt sie den Unterhaltsgläubiger, der von vorneherein an den gehobenen Lebensverhältnissen des Unterhaltspflichtigen teilnimmt und nicht jeweils gesondert einen Sonderbedarf geltend machen muß. Verstärkt wird diese vereinfachte Anpassung an geänderte

<sup>52)</sup> Wie dies die Regelbedarfsjudikatur auch sonst tut!

<sup>53)</sup> Die E des OGH in JBl 1982, 267 anerkennt ausdrücklich, daß der Output die relevante Maßgröße ist.

<sup>54)</sup> JBl 1966, 397.

<sup>55)</sup> E n t, Berücksichtigung der Familienbeihilfe bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge, ÖAV 1974, 20; Schüch, ÖAV 1976, 112; Stockart—Bernkopf Zur Unterhaltsberechnung nach der neuen Gesetzeslage, ÖAV 1971, 55.

<sup>56)</sup> Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, JBl 1971, 276.

<sup>57)</sup> K n e l l, ÖAV 1973 3.

Verhältnisse noch, wenn im Exekutionsrecht ein Bruchteilstitel statt eines Fixbetragstitels festgelegt wird<sup>58)</sup>.

Als Nachteil der Prozentjudikatur wurde ins Treffen geführt, daß diese den Unterhaltsbedarf unabhängig vom Alter des Kindes bemißt<sup>59)</sup>, Kinder aber mit wachsendem Alter mehr Bedürfnisse haben<sup>60)</sup>. Darüber hinaus hat die Prozentjudikatur Schwierigkeiten, die subsidiäre Unterhaltspflicht zu erklären<sup>61)</sup>. Ist nämlich der Unterhaltsanspruch linear vom Einkommen des Unterhaltsschuldners abhängig, so sinkt der Unterhaltsanspruch mit fallendem Einkommen — konsequenterweise bis ins Bodenlose —, ohne daß man eine Schwelle feststellen könnte, ab der ein Übergang der Unterhaltsschuld an den Nächstverpflichteten eintritt.

#### c) Synthese

Seit Zusammenlegung der beiden Rechtsmittel-senate beim LGZRS Wien ist eine Tendenz sichtbar, die beiden ursprünglich unversöhnlich einander gegenüberstehenden Ansätze der Prozent- und Regelbedarfsjudikatur zu einer Synthese zu sublimieren<sup>62)</sup>. Schüch<sup>63)</sup> hat diese Methode zweiseitig-vergleichende Unterhaltsbemessung nach dem Bedarfs-Leistungsprinzip genannt. Bei niedrigem Einkommen gelangt man damit zum Ergebnis der Regelbedarfsjudikatur, bei hohem zu dem der nach Altersgruppen gestaffelten Prozentjudikatur.

Ausgangspunkt ist der Regelbedarf. In einer zweiten Stufe wird aber im Unterschied zur bisherigen Regelbedarfsjudikatur ein nach dem Kindesalter abgestufter Prozentsatz des Nettoeinkommens des Unterhaltspflichtigen ermittelt. Liegt der sich daraus ergebende Betrag über dem Regelbedarf, so wird er bis zu einer gewissen Höhe zugesprochen, es wird also die gesamte Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ausgeschöpft<sup>64)</sup>. Ein Höchstbetrag wird deshalb gewählt, da sonst der Unterhaltsanspruch von Kindern sehr reicher Eltern in Höhen klettern würde, die pädagogisch

<sup>58)</sup> Zur Entstehungsgeschichte des § 10 a EO und zu den Problemen bei der praktischen Anwendung vgl Brandtner, Die §§ 10 a EO und 6 LPfG in der praktischen Anwendung, ÖJZ 1958, 348; Heller—Berger—Stix, Kommentar zur EO<sup>4</sup> I (1969) 255.

<sup>59)</sup> Dies ist damit zu erklären, daß die Prozentjudikatur von ihrem Ansatz eben nicht bedarfsorientiert ist.

<sup>60)</sup> Derka, ÖAV 1974, 16; Knell ÖAV 1973, 62; Scheidl, ÖAV 1974, 19 begegnen dem mit dem Argument, daß bei Ausschöpfung der vollen Leistungsfähigkeit für eine Differenzierung nach dem Alter kein Platz ist.

<sup>61)</sup> Hoyer, JBl 1973, 269.

<sup>62)</sup> Schüch, ÖAV 1976 111; derselbe, Grundzüge der neuen Rechtsprechung des LGZRS, Rechtsmittelsenat 43, Unterhaltssachen minderjähriger Kinder, NZ 1976, 3 ff.

<sup>63)</sup> ÖAV 1976, 111.

<sup>64)</sup> Schüch, ÖAV 1980, 45 meint daß durch das neue Kindschaftsrecht das Hauptgewicht der Beurteilung von der Bedarfskomponente des Kindes mehr zur Leistungskomponente des Unterhaltspflichtigen verlagert wurde. Dieser Gesichtspunkt stand aber mE schon bei der Prozentjudikatur im Vordergrund.

nicht mehr vertretbar wären<sup>65</sup>). Die Geltendmachung eines Sonderbedarfs und damit die Inanspruchnahme des Gerichts wird daher viel seltener als bei der Regelbedarfsjudikatur vorkommen, da durch die Ausschöpfung der gesamten Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen von vorneherein mehr Bedürfnisse abgedeckt werden<sup>66</sup>).

Liegt der sich nach der Kräfteformel ergebende Betrag jedoch unter dem Regelbedarf, so ist zunächst zu prüfen, ob der Unterhaltsschuldner seine Kräfte gehörig angespannt hat<sup>67</sup>). Ist das der Fall und kann er trotzdem nicht den Regelbedarf für das Kind leisten, so hat das Kind — soweit zumutbar — eigenes Vermögen heranzuziehen oder es haben die subsidiär Unterhaltspflichtigen einzuspringen, letztere aber nur soweit, als sie dadurch den eigenen angemessenen Unterhalt nicht gefährden (§ 141 ABGB). Kann auf diese Weise der Regelbedarf des Kindes nicht gedeckt werden, so ist der Unterhaltsanspruch soweit zu kürzen, daß Unterhaltsberechtigter und -verpflichteter einen gleich hohen — in diesem Fall wohl besser: gleich niedrigen — Lebensstandard haben. Es gibt somit nicht nur einen Gleichheitsgrundsatz zwischen den einzelnen Unterhaltsgläubigern, sondern auch zwischen Unterhaltsgläubiger und Unterhaltsschuldner<sup>68</sup>), worauf noch zurückzukommen sein wird.

## II. Wechselwirkungen zwischen Steuerrecht und Zivilrecht

### 1. Einfluß des Steuerrechts auf den Unterhaltsanspruch

Die seit 1921 Gesetz gewordene Idee des Familienlastenausgleichs setzt sich zum Ziel, einen finanziellen Ausgleich zu schaffen zwischen Einzelperson bzw. kinderlosen Familien und Familien mit Kindern. Den Eltern sollte ein Teil ihrer Unterhaltslasten abgenommen werden. Die Auswahl der eingesetzten Instrumente variiert dabei je nach Wirtschaftslage, Weltanschauung und verteilungspolitischem Konzept; die Zielsetzung blieb aber stets die gleiche, nämlich, den Eltern bei der Bewältigung der Unterhaltslasten unter die Arme zu greifen und den Mindestunterhalt der Kinder sicherzustellen. Durch die Abschaffung der

<sup>65</sup>) Schüch, ÖAV 1976, 114; derselbe, ÖAV 1978, 43 drückt dies treffend so aus, daß übermäßiger Luxus mehr schadet als nützt. Außerdem soll bei Berufseintritt nicht ein allzu krasser Abfall des Lebensstandards zu verzeichnen sein. 1978 wurde dieser Höchstbetrag mit S 6000,— 1980 mit S 7000,— festgesetzt; vgl. dazu ÖRZ 1974/84 und zuletzt ÖAV 1981, 78.

<sup>66</sup>) Schüch, ÖAV 1980, 45; EFSlg 30.751.

<sup>67</sup>) Pichler, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht, ÖAV 1976, 55.

<sup>68</sup>) Schüch, ÖAV 1976 112. Daß Kinder gleich zu behandeln sind, ist nicht nur aus pädagogischen Gründen unmittelbar einsichtig. Doch wird man zwischen einem Säugling und einem Jugendlichen entsprechend dem Alter von differenzierten Bedürfnissen ausgehen müssen. Anerkennt man aber diese Unterscheidung, so ist mE auch das Verhältnis zwischen Unterhaltsgläubiger und -schuldner in diesen weit verstandenen Gleichheitsbegriff einzubeziehen.

Steuerfreibeträge wird vom Staat nunmehr jedes Kind mit dem nominell gleichen Betrag bedacht, unabhängig, wie hoch sein Unterhaltsanspruch ist. Während also im Steuerrecht eine Tendenz zur Nivellierung feststellbar ist, ist im Zivilrecht der Trend gegenläufig. Ob man allerdings die Einwirkung des Steuerrechts auf das Zivilrecht als so weitgehend ansehen darf, daß durch Änderungen steuerrechtlicher Begünstigungen die Methode der zivilrechtlichen Unterhaltsbemessung determiniert wird, wie das Hoyer<sup>69</sup>) meint, erscheint zweifelhaft. Er will aus der Umstellung von Freibeträgen auf Absetzbeträge, die für jeden Steuerpflichtigen eine nominell gleich hohe Steuerersparnis ergeben<sup>70</sup>), schließen, daß sich der Gesetzgeber damit gegen die Prozentjudikatur und für die — vom Einkommen prinzipiell unabhängige — Regelbedarfsjudikatur entschieden hat. Es ist zwar Hoyer<sup>71</sup>) durchaus zuzustimmen, wenn er meint, „daß der Gesetzgeber die gegenseitige Abhängigkeit der einzelnen Teilbereiche stets zunehmend aus den Augen verliert“, doch ist bei der Heranziehung des Steuerrechts für die Auslegung des Zivilrechts zu beachten, daß die beiden Rechtsgebiete häufig unterschiedliche Ziele verfolgen.

Die Familienbeihilfe war seit jeher darauf gerichtet, einen Beitrag zum Mindestunterhalt des Kindes zu leisten<sup>72</sup>). Wenn der Gesetzgeber diesen Gesichtspunkt nun akzentuiert, indem er die Familienbeihilfe erhöht, dafür aber auf einen Teil der steuerlichen Entlastungen verzichtet, so will er damit zum Ausdruck bringen, daß ihm die Sicherung des Mindestunterhalts besonders wichtig ist. Diese Maßnahme, die den unteren Bereich der Unterhaltsbemessung betrifft, darf aber nicht als abschließende Regelung verstanden werden, insbesondere dann nicht, wenn man den Sozialcharakter der staatlichen Unterstützungsmaßnahmen beachtet.

In der Rechtsprechung<sup>73</sup>), aber auch in der Literatur<sup>74</sup>) ist man unterschiedlicher Auffassung, wie die Familienbeihilfe bzw. sonstige steuerliche Begünstigungen bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen sind. Neben Gesetzgebung, Lehre und Judikatur der Zivilgerichte spielt in diesem Bereich auch die Überprüfbarkeit beim VfGH eine erhebliche Rolle. So mußte das FLAG schon des öfteren wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz abgeändert werden<sup>75</sup>). Der Zusammenhang zwischen Unterhaltsrecht und staatlichen Familien — bzw. Kinderförderung ist dabei stets nur punktuell unter-

<sup>69</sup>) Hoyer, JBl 1973, 269; aA allerdings der OGH in JBl 1974, 41.

<sup>70</sup>) Sofern er mindestens Steuer in der Höhe der Absetzbeträge zahlt.

<sup>71</sup>) JBl 1973, 269.

<sup>72</sup>) SZ 42/106; 549 BlgNR 11. GP, 16.

<sup>73</sup>) Für die Einbeziehung der Familienbeihilfe in das Einkommen sprechen sich aus etwa EFSlg 12.932 17.031, 19.323, 26.232, 28.775, 30.857, 33.078, 35.471; dagegen EFSlg 12.931, 17.030, 21.713.

<sup>74</sup>) Heller—Berger—Stix, EO I 266; Kroppig NR 1976, 13.

<sup>75</sup>) VfSlg 8067, 8656, 8793.

sucht worden, wobei die Meinungen, wie das eine mit dem anderen zusammenhängt, weit auseinandergehen<sup>76)</sup>.

## 2. Der Unterhaltsanspruch als Voraussetzung für die Beihilfengewährung

Da durch den Familienlastenausgleich bewirkt werden soll, daß der vom Unterhaltspflichtigen selbst zu tragende Anteil gemindert wird, ist das Bestehen einer Unterhaltsverpflichtung — zumindest theoretisch — Voraussetzung für die Gewährung der staatlichen Beihilfe. Da jedoch die Zuerkennung und Auszahlung der Familienbeihilfe in einem staatlichen Massenverfahren abgewickelt wird, hat das FLAG 1967 typisierende Merkmale aufgestellt, die die Unterhaltsbeziehung zwischen Eltern und Kindern in einem vergrößerten Schema abbilden<sup>77)</sup>. Dabei ergeben sich Abweichungen mit dem genauer differenzierenden Unterhaltsrecht des ABGB<sup>78)</sup>. Die dem Steuer- und Beihilfenrecht innewohnende typisierende Betrachtungsweise wandelt dabei auf einem schmalen Grat zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Administrierbarkeit<sup>79)</sup>. Bei der Auslegung sollte die doppelte Zwecksetzung — Sicherung eines Mindestunterhalts für das Kind bei gleichzeitiger Entlastung der Unterhaltspflichtigen — jedenfalls nicht aus dem Auge verloren werden.

### III. Rechtsnatur der Familienbeihilfe

#### 1. Gleichartigkeit staatlicher Leistungen

Die zivilrechtliche Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder zu unterhalten (§ 140 ABGB), besteht unabhängig von Zuwendungen Dritter, in diesem Fall des Staates<sup>80)</sup>. Dieser setzt nun verschiedene Mittel ein, um einen Familienlastenausgleich zu bewirken. Zu nennen sind Beihilfen, Steuernachlässe sowie eine direkte Subventionierung von Gütern, auf die besonders Familien angewiesen sind. Die einzelnen Instrumente unterscheiden sich somit zwar nicht in der Zielsetzung, wohl aber — um es plastisch auszudrücken — in der Treffergenauigkeit: Subventionierte Brotpreise kommen typischerweise den Familien zugute, da sie — besonders in schlechten Zeiten — mehr Brot essen als Einzelpersonen. Es werden aber dadurch nicht nur österreichische Familien begünstigt, sondern auch Ausländer, die in Österreich billiges Brot erwerben können, und Einzelpersonen. Will man jedoch lediglich die österreichischen Familien entlasten, so können die eingesetzten Mittel durch direkte Zuschüsse effizienter verwendet werden.

<sup>76)</sup> Ent, ÖAV 1974, 20; Kropiunig, NZ 1975, 13.

<sup>77)</sup> So nimmt es einen Unterhaltsanspruch des Kindes unter 18 Jahren unabhängig von seinen Einkünften an, ein Unterhaltsanspruch eines Kindes über 27 Jahren sieht es aber als keinesfalls gegeben an.

<sup>78)</sup> So hat etwa auch der nicht unterhaltspflichtige Stiefvater einen Anspruch auf Familienbeihilfe, die er dem Kind herauszugeben hat. Vgl dazu EvBl 1960/63; EFSlg 11.785 (4).

<sup>79)</sup> Vgl dazu Felix Gesetzesvollzug im Massenverfahren, StuW 1976, 267 ff.

<sup>80)</sup> VwGH in ÖStZB 1977, 146.

Interessanterweise diskutierte man aber lediglich das Problem des Einflusses der Familienbeihilfe auf das Unterhaltsrecht, während man sonstige steuerliche Begünstigungen nicht weiter beachtete. Das liegt einerseits daran, daß deren Identifizierung und Quantifizierung schwierig ist, andererseits mag aber das Ausmaß des einzelnen Vorteils so gering sein, daß er infolge des Unschärfebereichs des § 273 ZPO, dem jede Unterhaltsbemessung unterliegt, nicht erfaßt werden kann. Diese Argumente treffen aber ab 1972 auf die Beurteilung von Steuerabsetzbetrag und Familienbeihilfe nicht mehr zu. Jedem Unterhaltspflichtigen wurden nämlich zwei vom Einkommen unabhängige staatliche Zuschüsse gewährt, die etwa gleich hoch waren. Daß die eine Leistung aus einem Fonds finanziert wurde, die andere vom Staat durch Verzicht auf die Einkommensteuer aufgebracht wurde, kann für die Beurteilung im Unterhaltsrecht wohl keinen Unterschied machen<sup>81)</sup>.

In beiden Fällen geht es um die Zuwendung eines Dritten (des Staates), um einen bestimmten Zweck zu erreichen, nämlich den Unterhaltspflichtigen einen Teil ihrer Unterhaltslasten abzunehmen und so einen Beitrag zum Mindestunterhalt für die jeweils Unterhaltsberechtigten zu gewährleisten. Wie die Nov BGBl 1977/645 f zeigt, sind die eingesetzten Mittel austauschbar, ohne daß sich dabei an der Zielsetzung etwas ändert. Der Meinung Stokkart — Bernkopf<sup>82)</sup>, daß Steuerermäßigungen, die dem Steuerpflichtigen wegen seiner Unterhaltslasten gegenüber dem Kind gewährt werden, bei der Unterhaltsbemessung nicht zu berücksichtigen sind, kann daher wegen der Gleichartigkeit von Transferleistung und Steuerabzug nicht gefolgt werden.

#### 2. Folgerungen aus dem Auszahlungsmodus der Familienbeihilfe

Die Familienbeihilfe ist eine besondere Art von Drittzuwendung. Sie ist eine im öffentlichen Recht angesiedelte Sozialbeihilfe<sup>83)</sup> und will einen gewissen Mindestlebensstandard für alle Unterhaltsberechtigten sicherstellen. Durch die Familienbeihilfe verfolgt der Staat einen doppelten Zweck, nämlich den Mindestunterhalt der Kinder abzusichern — zumindest einen Beitrag dazu zu leisten und gleichzeitig die Eltern von ihren Unterhaltspflichten zu entlasten. Die Unterhaltslasten sollen somit — wenigstens zum Teil — von der Gesamtgesellschaft der Steuerpflichtigen getragen werden<sup>84)</sup> (Idee des Familienlastenausgleichs). Die Fa-

<sup>81)</sup> Für den LStpflichtigen ist es gleichgültig, ob sich sein Nettoeinkommen dadurch erhöht, daß der Staat eine Beihilfe gewährt oder weniger Steuern einhebt. Auch für den EStpflichtigen macht es keinen Unterschied, ob sich seine Steuerschuld durch die Aufrechnung mit einer Beihilfe mindert oder ob sie schon ursprünglich auf Grund des EStG niedriger ist. Letztlich kann es nur auf die Nettoentlastung ankommen.

<sup>82)</sup> ÖAV 1974, 49; derselbe, Zur Neuordnung des Familienlastenausgleichs ÖAV 1977, 141.

<sup>83)</sup> Piegler, FamRZ 1958, 52.

<sup>84)</sup> Daß die Finanzierung nicht aus der allgemeinen

milienbeihilfe wird zwar dem Unterhaltspflichtigen ausbezahlt, ist aber ausschließlich für den Unterhaltsberechtigten zu verwenden. Da es sich um ein staatliches Massenverfahren handelt, wird derjenige als auszahlende Stelle gewählt, mit dem der Steuerpflichtige auch sonst regelmäßig Zahlungen abwickelt, das ist bei Unselbständigen der Dienstgeber, bei Selbständigen das Finanzamt<sup>85)</sup>.

Aber nicht nur bei der Auszahlung wird die am einfachsten zu administrierende Form gewählt, gleiches gilt auch für die Vereinnahmung. Da der Unterhaltspflichtige auch sonst für das Kind die Vermögensgeschäfte abwickelt, wird er als Inkassostelle gewählt; und da nicht nur das Kind, sondern mittelbar er selbst — durch Entlastung von der Unterhaltspflicht — begünstigt werden soll, wird ihm die Familienbeihilfe nicht als Vertreter des Kindes, sondern kraft eigenen Rechts ausbezahlt. Bei der vom Staat dem Kind gewährten Beihilfe werden somit Dienstgeber und Unterhaltspflichtiger als Zahlstellen dazwischengeschaltet. Dies soll nun noch etwas genauer erläutert werden:

Die zunächst vom Staat (BGBl 1949/217) aus allgemeinen Steuermitteln finanzierten Zulagen wurden später (BGBl 1950/31) auf die Dienstgeber überwält<sup>86)</sup>. Diesen wurden eine spezielle Steuer zur Finanzierung dieser Zulagen auferlegt. Da es sich verwaltungsmäßig am einfachsten erwies, die Dienstgeber auch als Beihilfenauszahlungsstelle heranzuziehen, kam es dazu, daß die Dienstgeber ihre Steuerschuld gegenüber dem Staat durch Auszahlung an die Lohn- bzw Gehaltsempfänger erfüllten. Eine allfällig sich ergebende Differenz mußten sie an das Finanzamt abführen bzw konnten sie gegen Steuerschulden aufrechnen. Die Familienbeihilfe ist somit nicht ein Einkommensbestandteil, sondern eine Drittzuwendung des Staates, die der Dienstgeber dem Dienstnehmer auszahlt und die dieser zugunsten des Kindes zu verwenden hat<sup>87)</sup>.

Dieser Deutung entspricht auch § 19 FLAG: Kommt der Dienstgeber seiner Auszahlungspflicht nicht nach, so kann sich der Berechtigte direkt an den Staat (das Finanzamt) wenden. Diese Konstruktion ersetzt den früher zu beschreitenden Zivilrechtsweg, der den Nachteil einer langen Prozeßdauer<sup>88)</sup>, im Konkurs des Dienstgebers den Wegfall der Durchsetzbarkeit des Anspruchs mit sich brachte.

Einkommensteuer, sondern durch eine spezielle Dienstgeberabgabe erfolgt, tut dem keinen Abbruch, da anzunehmen ist, daß die Steuer bei der Kalkulation berücksichtigt und so auf die Endabnehmer weiter gewälzt wird.

<sup>85)</sup> Piegler, ÖJZ 1960, 287.

<sup>86)</sup> Piegler ÖJZ 1960, 286.

<sup>87)</sup> Für Pichler, Familienbeihilfe — Kinderbeihilfe — und der Unterhaltstitel, ÖRZ 1968, 127 ist die Familienbeihilfe jedoch zweifelsfrei ein Einkommensbestandteil. Wörtlich meint er: „Jedenfalls ist es unzulässig, den klaren Wortlaut des Gesetzes (daß die Familienbeihilfe Einkommensbestandteil ist, Anm d Verf) durch gegenteilige, also gesetzwidrige Auslegung zu ändern.“

<sup>88)</sup> Piegler, ÖJZ 1960, 287.

Doch auch bei der Person des Empfängers der Zahlung ist es problematisch, das Moment, wem die Beihilfe übergeben wird, allzu sehr in den Vordergrund zu rücken<sup>89)</sup>. Dafür sind nämlich — wie oben gezeigt — nicht so sehr materielle Gründe, sondern vor allem solche der Einfachheit der Verwaltung maßgeblich. Das zeigt sich insbesondere beim Problem der Vorteilsanrechnung staatlicher Beihilfen: Vor 1974 begründete das BMfJ die Vorteilsanrechnung der Familienbeihilfe mit dem Argument, daß diese im Unterschied zu den Studien- und Schülerbeihilfen nicht dem Kind, sondern den Eltern ausbezahlt wird<sup>90)</sup>. Die unausgesprochen dahintersteckende Wertung ist aber eine andere: Während die Familienbeihilfe beide — Eltern und Kind — begünstigen soll, haben das SchülerbeihilfenG und das StudienförderungsG lediglich das Kind im Auge:

Die Gewährung dieser Beihilfen setzt nämlich voraus, daß den Eltern die Tragung der durch die spezielle Beihilfe abgedeckten Bedürfnisse unterhaltsrechtlich nicht mehr zugemutet werden kann (so ausdrücklich § 9 Abs 5 lit a StudienförderungsG<sup>91)</sup>). Die Gewährung einer Studienbeihilfe erfolgt somit nur in den Fällen, in denen die Unterhaltsleistung der Eltern nicht ausreicht, um dem Kind ein Studium zu ermöglichen. Daher erscheint es gerechtfertigt, im Unterhaltsrecht die Studienbeihilfe nicht als Vorteil anzurechnen, weil man sonst dem Kind — zumindest teilweise — mit der einen Hand das nehmen würde, was man ihm mit der anderen gegeben hat.

Doch auch das FLAG bietet Anhaltspunkte, daß die Familienbeihilfe zweckgebunden ist<sup>92)</sup>. So ordnet § 27 Abs 2 FLAG die Unpfändbarkeit an und will damit sicherstellen, daß die Familienbeihilfe nicht zur Abdeckung von Privatschulden des Unterhaltspflichtigen herangezogen wird. § 12 FLAG ermöglicht es dem Vormundschaftsgericht, den Eltern die Familienbeihilfe zu entziehen, wenn sie diese nicht widmungsgemäß verwenden. Schließlich gibt § 10 Abs 5 FLAG dem Kind selbst ab Vollendung des 16. Lebensjahres einen eigenen Anspruch auf Auszahlung der Familienbeihilfe. Gemeinsam ist all diesen Regelungen, daß den Eltern die Familienbeihilfe entzogen wird, wenn diese sie nicht dem Zweck entsprechend — zugunsten des Kindes — verwenden.

### 3. Staatliche Leistungen und § 140 Abs 3 ABGB

Hat man einmal die gleichartige Zielgerichtetheit verschiedener staatlicher Familienförderungsmaßnahmen akzeptiert, so kann prinzipiell auch die unterhaltsrechtliche Berücksichtigung nur nach einheitlichen Kriterien erfolgen. Immer, wenn die Beihilfe dem Kind zukommen und dadurch mittelbar der Unterhaltspflichtige entlastet werden soll, ist

<sup>89)</sup> Vgl dazu vor allem Welser, Schadenersatzrechtliche Grundfragen bei Berechnung des entgangenen Unterhalts, JBl 1968, 357 f.

<sup>90)</sup> Ent, ÖAV 1974, 20.

<sup>91)</sup> IdF BGBl 1979/425.

<sup>92)</sup> So auch Ent, ÖAV 1974, 20; aA aber Pichler, ÖRZ 1968, 127; Stockart-Bernkopf, ÖAV 1974,

mE die Vorteilsanrechnung nach § 140 Abs 3 ABGB zwingend, sofern nicht durch Spezialgesetze etwas anderes angeordnet ist. Der Vorteil ist als Einkommen des Kindes iS des § 140 Abs 3 ABGB zu qualifizieren und mindert insoweit dessen Unterhaltsanspruch gegen die Eltern. Zu erwähnen ist, daß das Zurechnungsproblem bei der Familienbeihilfe in den letzten Jahren dadurch entschärft wurde, daß nunmehr<sup>93)</sup> jedem Kind ein bestimmter Betrag zugerechnet werden kann. Doch auch wenn es schwierig ist, den Nettoeffekt einer zur Entlastung der Unterhaltspflichtigen gewährten Steuerbegünstigung<sup>94)</sup> zu ermitteln, kann das nicht dazu führen, sie gänzlich zu ignorieren.

Der Einfluß von Dritteleistungen soll an folgendem Denkmodell veranschaulicht werden. Gesetzlicher Maßstab der Unterhaltsbemessung ist ein gleicher Lebensstandard von Eltern und Kindern. § 140 Abs 1 ABGB stellt somit auf den Output ab. § 140 Abs 3 ABGB präzisiert das für den Fall, daß der Unterhaltsberechtigte eigene Einkünfte bezieht, dahingehend, daß sich in einem solchen Fall die Unterhaltsverpflichtung der Eltern mindert. Wenn nun dem Kind die für seinen Unterhalt notwendigen Güter von dritter Seite zur Verfügung gestellt werden<sup>95)</sup>, so entlastet das in diesem Ausmaß die Unterhaltspflicht der Eltern<sup>96)</sup>. Gleiches muß wohl auch in dem Fall gelten, wenn der Dritte nicht Sachleistungen, sondern Geldleistungen für das Kind erbringt. Ob der Dritte diese Geldleistungen erbringt, indem er bar zahlt oder auf eine ihm zustehende Forderung teilweise verzichtet, kann am wirtschaftlichen Ergebnis wohl nichts ändern.

Das Denkmodell verwandelt sich in die Wirklichkeit, wenn man an die Stelle des unbekanntenen Dritten den Steuer einhebenden und Beihilfen gewährenden Staat setzt. Dieser stellt Gratisgüter und Dienstleistungen zur Verfügung (Schulbücher, Schülerfreifahrten), erbringt Geldleistungen (Familienbeihilfe) und verzichtet letztlich auf einen Teil seiner Steuerforderungen (bis 1978: Kinderabsetzbeträge; im geltenden Steuerrecht gibt es noch folgende Abzugsposten: § 18 EStG [Sonderausgaben], § 33 Abs 4 Satz 2 [Alleinerhalterabsetzbetrag], § 34 EStG [außergewöhnliche Belastungen], § 67 EStG [Besteuerung sonstiger Bezüge], § 108 [Bausparen])<sup>97)</sup>. Für das Unterhaltsrecht maßgeblich ist dabei, daß es sich bei all diesen Maßnahmen um

50; derselbe, Wem gehört die Familienbeihilfe? ÖAV 1978, 104.

<sup>93)</sup> BGBl 1980/269.

<sup>94)</sup> Darunter ist die dem Unterhaltspflichtigen gewährte Steuerersparnis zu verstehen, die deshalb gewährt wird, um ihm einen Teil seiner Unterhaltslasten abzunehmen.

<sup>95)</sup> Vgl Koziol, Unterhaltsansprüche für die Vergangenheit und Regreßansprüche eines Drittzahlers, JBl 1978, 631.

<sup>96)</sup> Schüch, ÖAV 1980, 52.

<sup>97)</sup> Monschein Die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe, FJ 1979, 91 f; Wobisch, Wegfall der Kinderabsetzbeträge — Auswirkungen auf die Unterhaltspflicht, ÖAV 1978, 70; Wohlmann, ÖStZ 1978, 2 ff; derselbe, Änderungen des FLAG, ÖAV 1978, 37.

Vorteilszuwendungen zugunsten der Kinder handelt. Dabei kann — ebenso wie im Schadenersatzrecht<sup>98)</sup> — allein der Zweck der Zuwendung entscheiden, ob der Vorteil anzurechnen ist oder nicht.

Der Umstand, daß ein und dieselbe Zahlung nicht mehr als Verzicht auf die Steuerforderung, sondern als eine davon unabhängige direkte Zuwendung deklariert wird, kann wohl nicht eine verschiedene Beurteilung im Unterhaltsrecht zur Folge haben<sup>99)</sup>. Genau das wurde aber einhellig behauptet! Mit der Umstellung des dualistischen auf das monistische System 1978 war es für die Amtsvormünder selbstverständlich, nunmehr die gesamte Familienbeihilfe als zusätzliche Unterhaltsleistung zu fordern, wogegen die Einbeziehung des Steuerabsetzbetrages früher als abwegig beurteilt wurde<sup>100)</sup>.

Der durch die Nov BGBl 1977/646 neu eingefügte § 12 a FLAG<sup>101)</sup> könnte im Sinn der Amtsvormünder verstanden werden, wengleich der Wortlaut weniger deutlich ist als bei § 1 Abs 3 SchülerbeihilfenG und § 1 Abs 4 StudienförderungsG, die vorsehen, daß die Gewährung der Beihilfe den Unterhaltsanspruch weder dem Grund noch der Höhe nach mindert. Eine sachliche Differenzierung kann schon damit erklärt werden, daß Schüler- bzw. Studienbeihilfen ergänzende Sozialbeihilfen sind, also gerade jene Bedürfnisse abdecken wollen, die den Unterhaltspflichtigen mangels Leistungsfähigkeit nicht mehr zugemutet werden. Die Familienbeihilfe differenziert jedoch nicht nach der Leistungsfähigkeit der Unterhaltsschuldner, sondern kommt allen Bevölkerungskreisen in gleicher Höhe zugute. Sie will auch nicht nur dem Kind einen Vorteil zuwenden, sondern gleichzeitig eine Entlastung beim Unterhaltsverpflichteten bewirken.

Zur Nichtanrechnung der Studien- und Schülerbeihilfen meint Pichler<sup>102)</sup>, daß eine vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnete Nichtanrechnung nur dann zu befolgen ist, wenn sich eine solche Regelung im ABGB<sup>103)</sup>, nicht aber wenn sie sich im Kontext mit der Beihilfengewährung selbst befindet. Wörtlich führt er dazu aus<sup>104)</sup>: „Wünscht der Gesetzgeber, daß dem Kind diese besonderen Bedürfnisse zweimal abgegolten werden, nämlich einmal durch die Sozialleistung und noch einmal durch den leistungsfähigen Unterhaltsverpflichteten, so könnte er dies mA nach durch keinerlei allgemein gehaltene „Immunsierungsvorschrift“ zB im StudienförderungsG oder SchülerbeihilfenG er-

<sup>98)</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> I (1980) 106 ff.

<sup>99)</sup> Daß auch die Zahlungsmodalität — Verrechnung durch den Dienstgeber (bei der LSt) bzw Aufrechnung gegen Steuerschulden (bei der ESt) — gleich blieb, ist hier nicht einmal von ausschlaggebender Bedeutung.

<sup>100)</sup> Stockart-Bernkopf, ÖAV 1974, 49; derselbe, ÖAV 1977, 141.

<sup>101)</sup> § 12 a FLAG lautet: „Die Familienbeihilfe gilt nicht als eigenes Einkommen des Kindes und mindert nicht dessen Unterhaltsanspruch“.

<sup>102)</sup> Zum Bedarfsbegriff im Unterhaltsrecht im Verhältnis zur Sozialleistung, JBl 1974, 613.

<sup>103)</sup> Vgl dazu § 1615 g BGB.

<sup>104)</sup> Pichler, JBl 1974, 613.

reichen, sondern eher durch Novellierung des ABGB...“

Die von Pichler angeprangerte Doppelliquidierung gleicher Bedürfnisse ist beim StudienförderungG und SchülerbeihilfenG nicht gegeben, da die Beihilfe — wie oben dargelegt — eben gerade den Teil des Kindesbedarfes abgedeckt, der durch seinen Unterhaltsanspruch nicht mehr erfaßt ist. Anders ist die Situation aber bei der Familienbeihilfe, die unabhängig von der Zumutbarkeit der Tragung des Unterhaltsbedarfes des Kindes durch die Eltern gewährt wird und auch die Eltern entlasten soll<sup>105</sup>). Bevor untersucht wird, ob dem Kind die Familienbeihilfe ebenso wie die Schüler- und Studienbeihilfe neben dem Unterhaltsanspruch zusteht oder in diesem aufgeht, soll vorher noch näher auf die Entstehungsgeschichte des § 12 a FLAG eingegangen werden. (Schluß folgt!)

## Eine neue Entwicklung im österr internationalen Amtshaftungsrecht \*)

Von Prof. Dr. Klaus Schurig, Passau

I. Abermals hat der OGH über einen spektakulären Fall des internationalen Amtshaftungsrechts entschieden<sup>1</sup>); der Sachverhalt zum Urteil vom 17. 2. 1982 zeigt, wie die Wirklichkeit die Phantasie der Kollisionsrechtler immer wieder einzuholen imstande ist: Anlässlich einer Staatsjagd in Jugoslawien, zu der der jugoslawische Staatspräsident eingeladen hatte, erschöß der österr Botschafter fahrlässig den französischen Botschafter. Dessen Hinterbliebene, Witwe und Kinder, forderten nunmehr vom österr Staat Schadensersatz, und zwar wegen entgangenen Unterhalts, wegen des durch den Schmerz über den Verlust des Ehemannes und Vaters entstandenen immateriellen Schadens („Schmerzensgeld“) sowie wegen entgangenen

<sup>105</sup>) Die Ausführungen von Pichler, JBl 1974, 612 ff treffen somit nicht für die Schüler- und Studienbeihilfe zu, könnten aber Bedeutung für die Familienbeihilfe haben.

\*) Zugleich Besprechung der E des OGH 17. 2. 1982 in diesem Heft der JBl 1983, 260.

<sup>1</sup>) Eine andere wichtige Entscheidung ist nunmehr 14 Jahre alt: OGH 10. 9. 1958 JBl 1959, 599. Damals ging es um folgendes: Ein in Rumänien lebender österr Techniker wurde öfter zum Leiter der dortigen „österreichischen politischen Vertretung“ gebeten und eingehend befragt. Die Gespräche wurden abgehört; der Kläger erlitt als angeblicher Spion in Rumänien 1151 Tage Haft, davon 850 Tage in unterirdischen Kerkern, und mußte später seine Habe in Rumänien zurücklassen. Er warf der österr Vertretung vor, diese Folgen leichtfertig verursacht zu haben. Der OGH bejahte die Anwendbarkeit des AHG und die österr internationale Zuständigkeit, wies die Klage aber im Ergebnis ab, weil ein Ermessensmißbrauch nicht nachgewiesen sei und ein Ermessensfehler für die Haftung nicht ausreiche. Eingehend zu dieser Entscheidung Schwimann, Internationale Zuständigkeit und anzuwendendes Recht in Amtshaftungssachen, JBl 1959, 585.

„Heiratsguts“ bei einer der Töchter, die inzwischen geheiratet hatte.

Im internationalen Staatshaftungsrecht (Amtshaftungsrecht)<sup>2</sup>) bewegt man sich im „Graubereich“ zwischen privatem und öffentlichem Recht. In Grenzgebieten muß man immer mit Überraschungen rechnen, und eine solche Überraschung dürfte jetzt auch die Entscheidung des OGH vom 17. 2. 1982 gebracht haben: Welcher sachkundige Beurteiler hätte nicht gewettet, daß der Inhalt von Amtshaftungsansprüchen gegen den österr Staat vom OGH ausschließlich nach österr Recht beurteilt werden würde, hatte dieses Gericht doch 1958 ausdrücklich erklärt, in solchen Fällen könne „an der alleinigen Anwendbarkeit des österreichischen Rechtes ... nicht gezweifelt werden“, es wäre ein „Widerspruch in sich, die Amtspflichten des österreichischen Beamten nach ausländischem Recht beurteilen zu wollen“<sup>3</sup>). Im Schrifttum wurde diese Aussage umfassend ausgelegt und uneingeschränkt gebilligt: Schwimann hat mehrmals betont, es könne nur das Sachrecht des in Anspruch genommenen Staates zur Anwendung kommen<sup>4</sup>); diesen Grundsatz hat er kürzlich als „unbestritten“ bezeichnen können<sup>5</sup>), nachdem auch Schwind ganz allgemein erklärt hat, die Regel der „lex loci delicti commissi“ werde in Amtshaftungsfällen zugunsten des Rechts des Haftungsstaates durchbrochen<sup>6</sup>).

Der OGH hat sich von diesem Bild der Harmonie wenig beeindruckt gezeigt: Wohl habe der Bot-

<sup>2</sup>) Zur in Deutschland durchgeführten Unterscheidung zwischen „Amtshaftung“ und „Staatshaftung“ vgl Papier in Münchener Kommentar, § 839 RN 2,7.

<sup>3</sup>) OGH JBl 1959, 601.

<sup>4</sup>) Schwimann, JBl 1959, 588 f; derselbe, Das Deliktsstatut des § 48 Abs 1 IPR-Gesetz, ÖJZ 1981, 477—483, 481 f; derselbe, Grundriß des internationalen Privatrechts (1982) 173 f. — Diesen Bereich einer „Sonderanknüpfung haftungsrechtlicher Eingriffsnormen“ zuzuordnen, erscheint mir allerdings unnötig und grundsätzlich der falsche Weg. Zur Entbehrlichkeit der „Sonderanknüpfungslehre“ allgemein vgl Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht (1981) 39—41, 322—330.

<sup>5</sup>) Schwimann, ÖJZ 1981, 481; derselbe, Grundriß 173.

<sup>6</sup>) Schwind, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts (1975) 336 f. Schon bei Loeblenstein—Kaniak, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (1951) 101 f findet man den Satz: Unter den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts können wohl offenbar nur die Bestimmungen des österreichischen bürgerlichen Rechts gemeint sein“ (sofern, was 102 f unklar bleibt, überhaupt eine Haftung aus der Auslandstätigkeit einer Behörde in Betracht kommen soll). Lediglich Beitzke, auf den sich der OGH auch beruft, hat in ZfRV 1977, 136—138 der lex loci delicti eine gewisse Bedeutung eingeräumt für die (auf den Staat übergeleitete) Haftung des Beamten selbst, jedoch in erster Linie bezogen auf das deutsche Kollisions- und Sachrecht (es handelt sich bei dem Beitrag um die Besprechung einer E des BGH vom 26. 4. 1976). Zu den übrigen für das deutsche internationale Amtshaftungsrecht vertretenen Auffassungen vgl Schurig, Internationalrechtliches zum Staatshaftungsgesetz, JZ 1982, 385—391, 385 f mN.

che die direkte Übertragungsmöglichkeit bringt, zu einem Gutteil durch eine entsprechend höhere Anzahl von Rechtsmitteln gegen die Übertragungsbeschlüsse aufgewogen werden. Wenn man schon glaubt, mit einer Rückbesinnung auf die Möglichkeiten des § 31 JN nicht das Auslangen finden zu können, so wäre es doch vorteilhafter gewesen, statt eine bedenkliche Mischung aus Delegation nach § 31 JN, Übertragung der Zuständigkeit nach § 111 JN und Überweisung nach § 261 Abs 6 ZPO zu schaffen, eine Neuregelung zu treffen, welche der bewährten Vorschrift des § 111 JN nachgebildet ist.

3. Der 3. Absatz von § 31 a JN enthält Verfahrensvorschriften: Gem Satz 1 obliegen Entscheidungen nach Abs 2, die bei einer Verhandlung vor dem Senat getroffen werden, dem Senat, sonstige Entscheidungen nach Abs 1 oder 2 dem Vorsitzenden des Senates. Diese komplizierte Regelung ist nur deshalb notwendig, weil die Zivilverfahrens-Novelle 1983 immer noch formell den Grundsatz der Senatsgerichtsbarkeit vor den Gerichtshöfen I. Instanz aufrechterhält<sup>105)</sup>.

Satz 2 des § 31 a Abs 3 JN ordnet an, daß „für den weiteren Gang des Verfahrens“ § 261 Abs 6, 6. bis 8. Satz ZPO sinngemäß gilt. Die Präzisierung, daß nur der 6. bis 8. Satz von § 261 Abs 6 ZPO sinngemäß anzuwenden ist, erfolgte erst durch den JA, „um Unklarheiten bei der Anwendung dieser Bestimmung zu vermeiden“ (AB 3). Unklarheiten hatte es vorher insb in der Frage gegeben, ob der Rechtsmittelausschluß des 5. Satzes von § 261 Abs 6 ZPO auch für Delegierungsbeschlüsse nach § 31 a JN gilt oder nicht<sup>106)</sup>. ME völlig zu Recht hat sich der Gesetzgeber nunmehr eindeutig für deren Anfechtbarkeit entschieden. Sinngemäß anzuwenden sind somit nur jene Bestimmungen, daß die Streitanhängigkeit durch die Überweisung nicht aufgehoben wird, daß eine neuerliche erste Tag-satzung nicht stattfindet und die Beantwortung der Klageschrift durch schriftlichen Beschluß aufzutragen ist, sowie daß die neue Verhandlung mit Benützung des über die erste Verhandlung aufgenommenen Verhandlungsprotokolles und aller sonstigen Prozeßakten durchzuführen und im Sinne des § 138 ZPO einzuleiten ist. Da § 31 a Abs 2 JN keine zeitliche Begrenzung der Übertragungsmöglichkeit enthält, kann diese letzte Bestimmung eine erhebliche Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bedeuten, welche sicherlich der Qualität der Entscheidung nicht förderlich ist<sup>107)</sup>.

Satz 3 bestimmt schließlich, daß „im übrigen“ § 31 Abs 3 JN anzuwenden ist. Das bedeutet, daß einem Antrag auf Delegierung keine das Verfahren aufschiebende Wirkung zukommt und die Entscheidung über diesen ohne vorgängige mündliche Verhandlung zu erfolgen hat. Vor allem folgt aus dem Verweis auf § 31 Abs 3 JN aber auch, daß

<sup>105)</sup> S Rechberger, Pro futuro? NZ 1981, 146 = ÖJZ 1982, 517.

<sup>106)</sup> S Fasching, Zivilverfahrensnovelle, JBl 1982, 75; König, Bemerkungen, JBl 1982, 407.

<sup>107)</sup> Darauf hat bereits König aaO hingewiesen.

„vor der Entscheidung ... den Parteien unter Bestimmung einer Frist die zur Aufklärung nötigen Äußerungen abzufordern“ sind. Daraus ergibt sich wiederum, daß auch bei Delegierungen nach § 31 a JN der Parteiwillen berücksichtigt werden muß.

## VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die Delegation von Rechtssachen hat im österreichischen zivilgerichtlichen Verfahrensrecht eine lange Tradition. Die bisherige Regelung hat sich im großen und ganzen bewährt: Sie kann die gestellten Aufgaben im wesentlichen erfüllen, und bei ihrer praktischen Anwendung treten keine großen Probleme auf. Durch kleinere legistische Änderungen, wie die Aufhebung des 2. Satzes von § 31 Abs 1 JN, die Erleichterung der Zuständigkeit für Delegationsentscheidungen und eventuell auch die Eröffnung der Möglichkeit, von einem wertzuständigen Gerichtshof an ein Bezirksgericht zu delegieren, könnte ohne Schwierigkeiten die Handhabung des § 31 JN erleichtert, sein Anwendungsbereich erweitert und insb auch ein größeres Augenmerk der Praxis auf die Möglichkeiten der Delegation gelenkt werden.

Die Einführung zweier neuer Delegierungsmöglichkeiten durch § 31 a JN war weder notwendig, weil keinerlei dringendes Bedürfnis für eine derartige Novellierung erkennbar ist, noch zweckmäßig, da sie im Verhältnis zu ihrem geringen Nutzen nur eine Vielzahl von Problemen schafft. Als Folge dieser Neuregelung muß die Definition der Delegation geändert werden auf jede gerichtliche Übertragung der Zuständigkeit von dem an sich zuständigen Gericht an ein anderes Gericht.

Abschließend ist zu bedauern, daß der Gesetzgeber an der aufwendigen Vorschrift des § 31 a JN seine Energie verschwendet hat, sodaß ihm offenbar für wirklich notwendige Änderungen, wie insb für eine Durchforstung der Zuständigkeitsordnung<sup>108)</sup>, keine Kraft mehr geblieben ist.

## Familienbeihilfe und Unterhaltsrecht

Von Univ.-Ass. Mag. Dr. Christian Huber, Wien  
(Schluß)

### IV. Zusammenhänge zwischen Familienbeihilfe und Unterhaltsanspruch

#### 1. Regelbedarfsjudikatur und § 12 a FLAG BGBl 1974/418

Durch die Novellierung des Unterhaltsrechts bei den unehelichen Kindern wollte der Gesetzgeber ein Signal setzen, den Kindesunterhalt zu erhöhen<sup>109)</sup>. Dies wurde aber lediglich von der Pro-

<sup>108)</sup> Vgl etwa Fasching, Zivilverfahrensnovelle, JBl 1982, 74 und Rechberger, Pro futuro? NZ 1981, 148.

<sup>109)</sup> BGBl 1970/342; Strauß—Stockart—Bernkopf, ÖAV 1971, 32 meinen, daß die Intention des Gesetzgebers auch im Wortlaut zum Ausdruck komme, da der Begriff „Lebensverhältnisse“ deutlicher als

zentjudikatur<sup>107)</sup>, nicht aber von der Regelbedarfsjudikatur aufgegriffen, die die Auffassung vertrat, den Geist der Novelle durch die bisherige Rechtsprechung schon vorweggenommen zu haben<sup>108)</sup>.

Was die Berücksichtigung der Familienbeihilfe betrifft, so folgten die beiden Richtungen je ihrem Ansatz: Bei der Regelbedarfsjudikatur steht der Kindesbedarf im Vordergrund; ist dieser durch die Unterhaltsleistung gedeckt, so führt eine Drittzuzahlung konsequenterweise zu keiner Änderung des Unterhaltsanspruchs des Kindes, es kommt somit zu einer vollständigen Vorteilsanrechnung<sup>109)</sup>.

Die Prozentjudikatur wiederum stellt auf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ab, negierte aber bisher die besondere Herkunft der Familienbeihilfe. Sie beobachtete lediglich, daß diese dem unselbständigen Unterhaltspflichtigen zusammen mit seinem übrigen Lohn bzw Gehalt ausbezahlt wurde und qualifizierte sie somit als Einkommensbestandteil.

Als die Amtsvormünder bemerkten, daß die Nov BGBl 1970/342 an der Regelbedarfsjudikatur spurlos vorübergegangen war und keine Erhöhung des Unterhalts brachte, versuchten sie, durch die Nichtanrechnung der Familienbeihilfe zu einem höheren Unterhalt für das uneheliche Kind zu gelangen. Nachdem der OGH in einer Entscheidung vom 10. 1. 1973<sup>110)</sup> erklärte, durch § 14 AußStrG daran gehindert zu sein, zur Frage der Vorteilsanrechnung der Familienbeihilfe Stellung zu nehmen, verfaßten die Amtsvormünder im März 1973 ein Schreiben an das BMfJ, in dem sie eine Novellierung des FLAG 1967 nach dem Vorbild des § 1 Abs 3 SchülerbeihilfenG und § 1 Abs 4 StudienförderungsG anstrebten<sup>111)</sup>. Zunächst lehnte das BMfJ mit dem formalen Hinweis ab, daß Familienbeihilfen den Eltern<sup>112)</sup>, Schüler- und Studienbeihilfen aber dem Kind selbst gewährt werden<sup>113)</sup>. Die Zweckrichtung der Familienbeihilfe, den Mindestunterhalt des Kindes zu sichern, wurde dabei durchaus im Auge behalten.

„Stand“ darauf hinweise, daß der Unterhaltsanspruch mit steigendem Einkommen des Unterhaltspflichtigen zunehmen müsse. In diese Richtung aber bereits SZ 39/196, die noch zu § 166 aF ABGB erging! Vgl auch die bei Stockart-Bernkopf, ÖAV 1971, 53 zitierten Erklärungen der Abgeordneten sowie 6 BlgNR 12. GP, 25.

<sup>107)</sup> Ab 1972 wurden die Prozentsätze eines Sorgepflichtigen für ein Kind von 15 auf 20% angehoben. Vgl EFSlg 17.601, 17.098 (1972) gegenüber EFSlg 15.321 ff (1971).

<sup>108)</sup> So Pichler, ÖRZ 1972, 41. Während die Prozentsätze nach der Nov BGBl 1970/342 also kräftig angehoben wurden, blieben die Werte des Regelbedarfs konstant. Vgl EFSlg 17.610 ff (1972) gegenüber EFSlg 15.419 ff (1971).

<sup>109)</sup> Knell, ÖAV 1973, 5; Pichler, ÖRZ 1972, 42.

<sup>110)</sup> JBl 1973, 368 mit Anm Hoyer.

<sup>111)</sup> Ent, ÖAV 1974, 19.

<sup>112)</sup> Vgl aber § 10 Abs 5 FLAG.

<sup>113)</sup> Ent, ÖAV 1974, 20. Vgl dazu die Ausführungen unter III 2.

Die von der Regelbedarfsjudikatur vorgenommene Vorteilsanrechnung der Familienbeihilfe brachte für die Amtsvormünder die schmerzliche Beobachtung, daß bei Restfamilien jede Erhöhung der Familienbeihilfe dem unterhaltspflichtigen Vater, der vom Kind idR getrennt lebt, nicht aber dem unterhaltsberechtigten Kind oder der betreuenden Mutter zugutekam<sup>114)</sup>. Stockart-Bernkopf<sup>115)</sup> forderte deshalb bereits 1974, daß die Familienbeihilfe stets an den, der das Kind betreut und nicht an den Unterhaltspflichtigen ausbezahlt werden solle und schließt den Nachsatz an: „Bei der Unterhaltsbemessung hat sie (gemeint ist die Familienbeihilfe, Anm d Verf) nichts verloren“. Er übersieht dabei aber, daß dieses Recht nach § 11 FLAG der Mutter auch damals schon ohne weiteres zustand. In Wirklichkeit geht es somit um zwei verschiedene Problemkreise, nämlich den Auszahlungsmodus und die Anrechenbarkeit:

Es ist durchaus vernünftig, die Familienbeihilfe an den auszuzahlen, bei dem die Gewähr besteht, daß er sie für das Kind verwendet, und das ist eher die das Kind betreuende Mutter als der vom Kind entfernt lebende unterhaltspflichtige Vater<sup>116)</sup>. Mit dieser Auszahlungsvorschrift ist aber nicht notwendigerweise eine Nichtanrechnung der Familienbeihilfe bei der Unterhaltsbemessung verbunden, wie dies Stockart-Bernkopf quasi nur als Tupfen auf dem I darstellt. Doch steter Tropfen höhlt den Stein, und die Bestrebungen der Amtsvormünder blieben langfristig nicht ohne Erfolg. Durch das BGBl 1974/418 wurde ein neuer § 12 a<sup>117)</sup> in das FLAG 1967 eingefügt, der einen Kompromiß zwischen der Rechtsansicht der Regelbedarfsjudikatur und den Forderungen der Amtsvormünder darstellte<sup>118)</sup>.

Je nachdem, ob der Vater oder die das Kind betreuende Mutter die Familienbeihilfe bezog, war sie voll oder nur halb anzurechnen, die Höhe des Kindesunterhaltes war jedenfalls abhängig von der Parteiendisposition der Eltern. Das sah der VfGH

<sup>114)</sup> Stockart-Bernkopf, ÖAV 1974, 48. Bei der Prozentjudikatur kommt eine Erhöhung der Familienbeihilfe zumindest teilweise auch dem Kind zugute, außerdem wird da die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen von vornherein stärker berücksichtigt, sodaß sich die Bestrebungen der Amtsvormünder in erster Linie gegen die Regelbedarfsjudikatur richteten.

<sup>115)</sup> ÖAV 1974, 50.

<sup>116)</sup> Dies wird vom Gesetz in § 11 FLAG auch durchaus berücksichtigt.

<sup>117)</sup> Dieser lautete: „Bei der Bemessung des Unterhaltsanspruches eines Kindes ist die von einer anderen Person als dem Unterhaltspflichtigen für dieses Kind bezogene Familienbeihilfe nur in der Höhe der Hälfte des Betrages zu berücksichtigen, der als Familienbeihilfe für das Kind gemäß § 8 Abs 3 gewährt wird.“ Vgl § 1615 g BGB.

<sup>118)</sup> Daß damit auch eine zwingende Regel für die Prozentjudikatur geschaffen wurde, die das Signal des Gesetzgebers durchaus verstand und die Sätze erhöhte, gegen die sich die Bestrebungen der Amtsvormünder also nicht in erster Linie richteten, sei nur am Rande erwähnt.

als verfassungswidrig an und hob § 12 a FLAG wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz auf<sup>119)</sup>. Er sah es als durchaus sachgerecht an, die Person, zu dessen Haushalt das Kind gehört, zu bevorzugen, die gesetzliche Regelung stellte aber, wie der VfGH zutreffend ausführt, nicht auf die Haushaltszugehörigkeit des Kindes ab, sondern allein darauf, ob die Familienbeihilfe vom Unterhaltspflichtigen oder von der Person bezogen wird, zu der das Kind haushaltszugehörig ist<sup>120)</sup>. Diese nach § 11 FLAG zulässige Parteidisposition war nach Meinung des VfGH keine sachgerechte Differenzierung, da der aus der Familienbeihilfe dem Kind zuwendbare Vorteil „nur durch Umstände gerechtfertigt“ sein kann, die einen „angemessenen Bezug zur Situation des Kindes aufweisen“<sup>121)</sup>.

## 2. Folgerungen aus dem Erk VfSlg 8067

Aus dem VfGH-Erkenntnis lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

1. Die Familienbeihilfe soll jedenfalls dem Kind zugute kommen; eine Differenzierung ist daher nur nach solchen Kriterien möglich, die das Kind betreffen.

2. Die Unterscheidung zwischen Kindern, die im Haushalt des Unterhaltspflichtigen leben und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, ist durchaus sachgerecht<sup>122)</sup>.

3. Die Frage, an wen die Familienbeihilfe ausbezahlt wird, ist von der Frage der Anrechenbarkeit der Familienbeihilfe bei der Unterhaltsbemessung zu unterscheiden.

4. Die Höhe des gesetzlichen Unterhaltsanspruches soll nicht von der Parteidisposition abhängig sein.

Damit zeigte der VfGH eine Lösung auf, die er als mit dem Gleichheitssatz vereinbar erachtete, die aber trotzdem zwischen den Unterhaltsansprüchen von Kindern in Restfamilien und in vollständigen Familien eine Differenzierung über die Familienbeihilfe erlaubt hätte. Würde die Familienbeihilfe bei Restfamilien — und nur bei solchen — neben dem Unterhalt zugesprochen, so wäre eine solche Regelung insofern sinnvoll, als man die Familienbeihilfe als pauschale Abgeltung für die höheren Aufwendungen ansehen könnte, die dort zur Erreichung einer gleichen Bedürfnisdeckung notwendig sind. Eine solche Deutung schlug etwa D a n n i n g e r<sup>123)</sup> vor.

<sup>119)</sup> VfSlg 8067.

<sup>120)</sup> Die vom VfGH im Anlaßfall bezogene Position, daß der Umstand, an wen die Familienbeihilfe ausbezahlt wird, keine Bedeutung bei der Frage der Unterhaltsbemessung spielen soll, stimmt mit der vom Verf in III 2 erläuterten Auffassung überein.

<sup>121)</sup> VfSlg 8067.

<sup>122)</sup> Pichler, Entscheidungsbesprechung, ÖAV 1977, 162 meint, daß nicht die Haushaltsführung, sondern lediglich die Betreuung ein sachlich anzuerkennendes Kriterium für eine Differenzierung sei. Der VfGH ist aber unter Bedachtnahme der dem Beihilfenrecht innewohnenden typisierenden Betrachtungsweise nicht einmal so weit gegangen!

<sup>123)</sup> ÖAV 1972, 18.

Damit käme man über das FLAG zu einem Ergebnis, zu dem sich die Zivilgerichte — zumindest bisher — nicht durchgerungen haben, nämlich, dem Kind in einer Restfamilie für eine gleich hohe Bedürfnisbefriedigung einen höheren Unterhaltsbeitrag zuzusprechen als in einer vollständigen Familie<sup>124)</sup>. Der VfGH kann indes Gesetze nur aufheben, aber nicht gleichheitsgemäße an ihre Stelle setzen. Die Gestaltungsbefugnis der Gesetzgebung bleibt entsprechend dem Konzept der Gewaltenteilung bei der Legislative<sup>125)</sup>.

## 3. § 12 a FLAG BGBl 1977/646, Inhalt und Verfassungsgemäßheit

Die Absicht des historischen Gesetzgebers war, die wirtschaftliche Situation der Teilfamilie (Mutter und Kind) zu verbessern, wengleich die EB zur RV Zweifel aufkommen lassen, ob die Familienbeihilfe der Mutter oder dem Kind gebührt<sup>126)</sup>. Wird im allgemeinen Teil noch davon gesprochen, daß durch die Neuregelung der staatliche Transfer unmittelbar dem Kind zukommen soll, so ist wenig später die Rede davon, daß mit der Familienbeihilfe die Last der Betreuung des Kindes abgegolten werden soll. Was Pichler<sup>127)</sup> zunächst nur als de lege ferenda diskutabile Überlegung vorschlug, nämlich der Person, die das Kind betreut, einen Zuschuß aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu gewähren, das sehen andere<sup>128)</sup> als bereits de lege lata durch § 12 a FLAG verwirklicht an.

Diese Deutung, die auch in der Rechtsprechung Anhänger gefunden hat<sup>129)</sup> erscheint mE doch etwas voreilig. Sie ergibt sich nicht zwingend aus dem Wortlaut des § 12 a FLAG und auch die Materialien dazu sind widersprüchlich. Daher ist bei der Auslegung auf die historische und systematische Interpretation zurückzugreifen.

Die Familienbeihilfe will ihrer Zielsetzung nach ein Beitrag zum Mindestunterhalt des Kindes sein und die Eltern von ihrer Unterhaltsleistung entlasten. Daher ist als — im wesentlichen zivilrechtliche — Vorfrage der Unterhaltsbegriff zu klären.

<sup>124)</sup> Vgl etwa dazu die Bedenken von Kralik, JBl 1971, 276. Damit wäre auch die Problematik der Hypothese, daß die Ausgaben einer Vollfamilie Maßstab für die Teilfamilie sind (so Schüch, ÖAV 1976, 114), entschärft.

<sup>125)</sup> Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVdStRL 39 (1981) 81 ff meint, daß es zwar durchaus wünschenswert wäre, wenn der österreichische VfGH stärker auf inhaltliche Kriterien einginge, was er im Erk VfSlg 8067 auch tut, es aber doch zu weit geht, dem Gesetzgeber eine einzige mit der Verfassung vereinbare Regelung vorzuschreiben.

<sup>126)</sup> 636 BlgNR 14. GP, 8, 10.

<sup>127)</sup> ÖAV 1977, 162.

<sup>128)</sup> Ent, Über das Zusammenspiel des § 12 a FLAG mit den §§ 140, 141 ABGB nF, ÖAV 1978, 97; Stockart-Bernkopf, ÖAV 1978, 104; Wohlmann, ÖAV 1978, 38.

<sup>129)</sup> ZB EFSlg 36.981.

Unter I 3 a wurde bereits darauf hingewiesen, daß sich der Unterhaltsbegriff sowohl auf Grund der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse als auch der Gesetzeslage gewandelt hat. Zum zivilrechtlichen Unterhaltsbegriff gehört heute nicht nur die Aufbringung finanzieller Mittel, sondern auch die Betreuung der Kinder und die Haushaltsführung<sup>130)</sup>.

Vor der Familienrechtsreform sah man im Unterhalt nur die Leistung von Vermögenswerten<sup>131)</sup>. Da das FLAG an den zivilrechtlichen Unterhaltsbegriff anknüpft, konnte eine Entlastung von der Unterhaltungspflicht somit nur dem zugutekommen, der auch Unterhalt im Sinne von finanziellen Aufwendungen leistete. Ob die Änderung des Unterhaltsbegriffes im Zivilrecht auch auf das FLAG 1967 durchschlägt, ist erst näher zu untersuchen: Die meisten der Bestimmungen des FLAG 1967 stammen nämlich aus der Zeit vor der Familienrechtsreform, in der man den Unterhaltsbegriff rein finanziell verstand. Wenn § 2 FLAG an die Unterhaltungspflicht anknüpft, indem grundsätzlich nur dem ein Anspruch auf Familienbeihilfe zusteht, der auch unterhaltspflichtig ist, so trifft das nunmehr für die den Haushalt führende Mutter genauso zu wie für den Vater, der Geld leistet (§ 140 Abs 2 ABGB). Dieses Konkurrenzproblem, welchem Unterhaltspflichtigen der Anspruch auf Familienbeihilfe zusteht, ist aber in § 11 FLAG zugunsten der Betreuungsperson geregelt worden. Diese Regelung entspricht dem Zweck, daß bei dieser Person die größtmögliche Gewähr gegeben ist, daß die Familienbeihilfe dem Kind zugute kommt. Aus dem Umstand, daß die Familienbeihilfe bei der das Kind betreuenden Mutter zufließt, darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die Mutter die Familienbeihilfe endgültig behalten darf.

Hat das Kind eigene steuerpflichtige Einkünfte von mehr als S 2500,—, so führt das ab dem 18. Lebensjahr zum Wegfall der Familienbeihilfe (§ 5 Abs 1 FLAG). Das folgt dem Grundgedanken, daß Eltern mit Kindern, die über so hohe Einkünfte verfügen, unterhaltsmäßig geringer beansprucht werden und es daher vertretbar erscheint, sie nicht auf Kosten der Allgemeinheit von ihrer Unterhaltungspflicht zu entlasten. Diese Bestimmung geht somit von dem engeren, finanziellen Unterhaltsbegriff aus. Sollte nicht der Unterhaltsschuldner entlastet werden, der Geld leistet, sondern der, der Pflegeleistungen erbringt, so müßte die Familienbeihilfe konsequenterweise ab dem Zeitpunkt wegfallen, ab dem das Kind nicht mehr der Pflege bedarf.

§ 5 Abs 3 FLAG macht den Anspruch auf Familienbeihilfe für verheiratete Kinder davon abhängig, ob das Kind gegen seine Eltern einen Unterhaltsanspruch hat. § 12 FLAG sieht den Entzug der Familienbeihilfe vom Bezugsberechtigten für den Fall vor, daß die staatliche Beihilfe nicht widmungsgemäß — nämlich zugunsten des Kindes —

verwendet wird<sup>132)</sup>. Schließlich wurde durch die FLAG Nov BGBl 1980/269 eine Altersstaffel eingeführt, der zufolge ab dem 10. Lebensjahr eine Erhöhung der Familienbeihilfe von zunächst S 50,—, nunmehr<sup>133)</sup> S 200,— wirksam wird. Würde man der Auffassung folgen, daß die Familienbeihilfe ausschließlich eine Abgeltung für Betreuungsleistungen darstellt, so muß es doch als paradox erscheinen, die Zahlungen an die Betreuungsperson in dem Ausmaß zu erhöhen, in dem ihre eigene Gegenleistung — die Haushaltsführung — immer weniger Anstrengungen erforderlich macht. Denn wohl niemand wird behaupten, daß große — insbesondere verheiratete — Kinder mehr Pflege und Haushaltsaufwand erfordern als Säuglinge! Außerdem wäre es erklärungsbedürftig, warum die Betreuungsleistungen der Mutter bei eigenen Einkünften des über 18 Jahre alten Kindes von mehr als S 2500,— nicht mehr abzugelten wären; oder schuldet etwa dann das Kind, das selbst Einkünfte in solcher Höhe bezieht, der Mutter ein Entgelt für die Haushaltsleistungen, die sie auf Grund der Unterhaltungspflicht erfüllt? Oder hat etwa das Kind, das ab 16 Jahren die Familienbeihilfe selbst beziehen kann, diese an die Mutter herauszugeben?

Sowohl historische als auch systematische Interpretation ergeben somit, daß die Familienbeihilfe geblieben ist, was sie seit jeher war: eine staatliche Beihilfe, die vom Unterhaltspflichtigen für das Kind zu verwenden ist<sup>134)</sup>, nicht aber eine Abgeltung für Betreuungsleistungen! Die Entlastung soll vielmehr bei dem eintreten, der finanzielle Mittel aufgewendet hat.

Somit bleiben noch zwei Interpretationsmöglichkeiten offen: Mit der Ablehnung der Auffassung, daß die Familienbeihilfe nicht eine Abgeltung der Betreuungsleistungen der Mutter darstellt, ist noch nicht entschieden, ob die Familienbeihilfe im Unterhalt aufgeht oder — wie dies die Amtsvormünder nach dem Modell der § 1 Abs 3 SchülerbeihilfenG und § 1 Abs 4 StudienförderungsG forderten — neben dem Unterhalt noch zusätzlich gebührt. Diese letztere Auffassung soll zunächst näher geprüft werden:

§ 12 a FLAG sagt in seinem ersten Halbsatz, daß die Familienbeihilfe nicht als Einkommen des Kindes gilt. Der Begriff Einkommen kann dabei unterschiedlich verstanden werden: in einem engeren Sinn bedeutet Einkommen einen Zufluß von Vermögensvorteilen. Die Familienbeihilfe wird nicht vom Kind sondern von den Eltern bezogen, weshalb sie kein Einkommen des Kindes ist. Unterstellt man § 12 a FLAG diesen engen Einkommensbegriff, so stellt sich aber die Frage, warum der Gesetzgeber den Begriff „gilt nicht“ verwendet. Dieser impliziert vielmehr, daß die Familienbeihilfe an sich ein Einkommen darstellt, in diesem Zusammenhang aber nicht als solches behandelt werden soll.

<sup>130)</sup> Schüch, ÖAV 1978, 40; Schwimann, Kindesunterhalt und elterliche Gewalt, in: Fioretta (Hrsg), Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (1979) 158.

<sup>131)</sup> So noch EFSlg 21.594.

<sup>132)</sup> Pichler, ÖRZ 1968, 127.

<sup>133)</sup> BGBl 1981/296.

<sup>134)</sup> So auch Welser, JB1 1968, 457 f.

Der Einkommensbegriff kann aber auch in einem weiteren Sinn verstanden werden und erfaßt dann all das, was jemandem letztlich an Vorteilen zukommt, unabhängig davon, wem eine Leistung zunächst zufließt. Unter Zugrundelegung dieses weiteren Einkommensbegriffs erscheint auch der vom Gesetzgeber verwendete Begriff „gilt nicht“ verständlicher, insbesondere, wenn man den Bezug zu § 140 Abs 3 ABGB herstellt. Dort wird normiert, daß eigene Einkünfte des Kindes zu einer Kürzung des Unterhaltsanspruches führen. Bei einer weiten Auslegung des Einkommensbegriffs ordnet somit § 140 Abs 3 ABGB an, daß die Familienbeihilfe auf den Unterhalt anzurechnen ist. Den ersten Halbsatz des § 12 a FLAG könnte man nun so verstehen, daß das durch die Fiktion „gilt nicht“ gerade verhindert werden soll.

Der zweite Halbsatz, daß die Familienbeihilfe nicht den Unterhaltsanspruch mindert, läßt wiederum zwei Deutungen zu. Die eine klingt eher trivial: Der Umstand, daß sich — um es ganz pauschal auszudrücken — das Familieneinkommen um die Familienbeihilfe erhöht, führt nicht zu einer Minderung des Unterhaltsanspruches des Kindes. Das ist auch ganz folgerichtig, da Unterhaltsansprüche mit steigendem Einkommen zunehmen. Gibt man sich mit dieser selbstverständlichen, ohne weiteres klaren Aussage nicht zufrieden, so kann dem 2. Halbsatz des § 12 a FLAG insoweit eine normative Bedeutung zugewiesen werden, als man den Satz „mindert nicht dessen Unterhaltsanspruch“ so versteht, daß die Familienbeihilfe zusätzlich zu dem ohne die Familienbeihilfe zu bemessenden Unterhalt gebührt. Diese Auslegung weist somit in die gleiche Richtung wie der 1. Halbsatz, wenn man den Einkommensbegriff weit auslegt. Für eine solche Interpretation spricht weiters, daß der Gesetzgeber die Situation der Restfamilie verbessern wollte<sup>135)</sup> und außerdem der Umstand, daß man einem jungen Gesetz nicht ohne weiteres eine Trivialaussage unterstellen darf. Obwohl der Wortlaut und die Materialien in die eben skizzierte Richtung weisen, gibt es doch auch erhebliche Bedenken gegen diese Interpretation.

Das FLAG hat den Zweck, einen Ausgleich zu schaffen zwischen Personen mit und ohne Unterhaltslasten. Wäre nun ein Unterhaltspflichtiger zu einem gleich hohen Unterhalt verpflichtet, ob er die Familienbeihilfe bezieht oder nicht, so würde er durch die Familienbeihilfe gar nicht entlastet, womit die ursprüngliche, auch in der Bezeichnung des Gesetzes zum Ausdruck kommende Zielsetzung nicht verwirklicht würde. Eine Entlastung kommt vielmehr nur dann in Frage, wenn sich der Unterhaltsanspruch durch die Familienbeihilfe kürzt.

Die verfassungskonforme Auslegung am Gleichheitsgrundsatz bringt ein weiteres Argument für die Anrechnung: Die Unterhaltsbemessung wird

<sup>135)</sup> Zweifelhaft sind die Materialien nur insoweit, als sie nicht klar erkennen lassen, ob der Vorteil der betreuenden Mutter oder dem Kind gebührt, jedenfalls sollte durch die Familienbeihilfe die Situation der aus Kind und Betreuungsperson bestehenden Restfamilie verbessert werden.

von den Zivilgerichten nunmehr — anders als früher nach der Regelbedarfsjudikatur — so vorgenommen, daß Unterhaltsverpflichtetem und -berechtigtem gerade soviel zugesprochen wird, daß beide ihre Bedürfnisse in gleichem Maß decken können<sup>136)</sup>. Nimmt man nun ein gleiches Bedürfnisbefriedigungspotential durch die Unterhaltsbemessung an, so würde durch den zusätzlichen Zuspruch der Familienbeihilfe an das Kind gerade eine Ungleichheit herbeigeführt.

Die Anrechnung der Familienbeihilfe auf den Unterhaltsanspruch kann auch durch den Verweis auf die § 1 Abs 3 SchülerbeihilfenG und § 1 Abs 4 StudienförderungsG nicht entkräftet werden, da es sich bei der Familienbeihilfe nicht um eine ergänzende Sozialleistung handelt, sondern neben der Vorteilszuwendung an das Kind auch eine Entlastungswirkung erzielt werden soll.

Das von den Amtsvormündern vorgebrachte Argument, daß Erhöhungen der Familienbeihilfe den Kindern, nicht aber den Vätern zugutekommen sollen, weshalb die Familienbeihilfe neben dem Unterhalt zuzusprechen sei, berücksichtigt nicht den Umstand, daß das FLAG eine Umverteilung zwischen Ledigen und Familien zum Ziel hat und eine Entlastung nur insoweit Platz greift, als zuvor eine Pflicht erfüllt wurde.

Folgende zusätzliche Gründe können für eine Anrechnung ins Treffen geführt werden: Die Regelbedarfsjudikatur, gegen die sich die Bestrebungen der Amtsvormünder in erster Linie richteten, ist heute aufgegeben und durch eine an der jeweiligen Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen orientierte Bemessung ersetzt worden. Außerdem ist zu bedenken, daß § 12 a FLAG nicht mehr zwischen Voll- und Teilfamilien unterscheidet, die von den Amtsvormündern erhobene Forderung somit auch bei vollständigen Familien zur Anwendung käme und damit weit übers Ziel schießen würde. Die Familienbeihilfe ist daher — lege non distinguente — auch bei Teilfamilien auf den Unterhaltsanspruch anzurechnen.

Was die Unterhaltsbemessung bei Teilfamilien betrifft, so ist aber mit den Amtsvormündern zu hoffen, daß die Rechtsprechung die These aufgibt, daß der Unterhalt in einer Teilfamilie wie in einer vollständigen Familie zu bemessen ist, sondern sich zu der Erkenntnis durchringt, wie das etwa auch in Zusammenhang mit § 1327 ABGB von ihr bereits akzeptiert wurde<sup>137)</sup>, daß für ein gleiches Maß an Bedürfnisbefriedigung in einer Teilfamilie mehr Kosten aufgewendet werden müssen als in einer Vollfamilie.

Abschließend soll noch kurz auf die Frage eingegangen werden, ob die Familienbeihilfe wie andere Einkommensbestandteile in die Unterhaltsbemessungsgrundlage, von der dann ein Prozentsatz als Unterhalt zugesprochen wird, einzubeziehen ist oder nicht. Wenn es um den Unterhalt anderer als desjenigen, für den die Familienbeihilfe bezogen

<sup>136)</sup> Vgl FN 68.

<sup>137)</sup> Ständige Rspr, vgl ZVR 1975/65, 1976/144, 1980/71, 1981/121.

wird, geht, so entspricht es ständiger Rechtsprechung<sup>138)</sup>, sie auszuklammern. Bei dem Kind jedoch, für das Familienbeihilfe bezogen wird, rechnet man sie zum Einkommen hinzu und bildet von dieser Summe den für den Kindesunterhalt maßgeblichen Prozentsatz<sup>139)</sup>.

Berücksichtigt man den Umstand, daß es sich um eine Drittzuzwendung zugunsten des Kindes handelt, die den Unterhaltspflichtigen entlasten soll, so ist es mE konsequent, sie auch bei der Unterhaltsbemessung für das Kind, für das sie bezogen wird, auszuklammern. Sowohl § 140 ABGB als auch die Zielsetzung des Familienlastenausgleichs weisen in diese Richtung: Mit der Kräfteformel meint § 140 Abs 1 ABGB die Leistungsfähigkeit der Eltern, die sich typischerweise in ihrem Einkommen widerspiegelt, also all das umfaßt, was der Unterhaltspflichtige durch Anspannung seiner Kräfte an Einkünften erzielt. Die Familienbeihilfe bekommt er aber unabhängig davon, sie ist etwa auch nicht in die Steuerbemessungsgrundlage, die seine Leistungsfähigkeit erfassen will, einzubeziehen (§ 27 Abs 1 FLAG). Der Familienlastenausgleich will den Unterhaltspflichtigen entlasten; bezieht man die Familienbeihilfe aber in die Bemessungsgrundlage mit ein, so ergibt sich nur eine verkürzte Entlastungswirkung.

Würde die Familienbeihilfe nicht mit dem Lohn bzw Gehalt ausbezahlt, sondern unabhängig davon an den Unterhaltspflichtigen gelangen, so käme man kaum auf die Idee, diese Drittzuzwendung dem Unterhaltspflichtigen als Einkommen zuzurechnen, sofern der Dritte eine Entlastung des Unterhaltspflichtigen in der Höhe seiner Zuwendung bewirken will. Nichts anderes kann aber dann für die Familienbeihilfe gelten, da die Auszahlung mit dem Lohn lediglich aus Verwaltungsvereinfachungsgründen erfolgt und die Familienbeihilfe auch bei diesem Verfahren die Leistung eines Dritten — des Staates — bleibt.

## V. Einzelprobleme

### 1. Das Kind als Adressat der Familienbeihilfe

Die Familienbeihilfe wird grundsätzlich dann gewährt, wenn der Beihilfenberechtigte zu Unterhaltsleistungen verpflichtet ist. Das ergibt sich aus dem doppelten Zweck des Familienlastenausgleichs, nämlich einen Beitrag zum Mindestunterhalt des Kindes zu liefern und gleichzeitig dem Unterhaltspflichtigen einen Teil seiner Unterhaltslasten abzunehmen. Keinesfalls ist aber bezweckt, den Eltern mehr abzugelten, als sie für den Unterhalt ihrer Kinder aufwenden. Steht der Anspruch auf Familienbeihilfe trotz Wegfalls der Unterhaltspflicht weiter zu, so stellt sich die Frage, bei wem der Vorteil zu verbleiben hat. Da der primäre Zweck der Familienbeihilfe der ist, dem Kind einen Vorteil zukommen zu lassen, die Eltern hingegen nur von ihrer Last befreit, keinesfalls aber selbst be-

reichert werden sollen, gebührt die Familienbeihilfe diesem Zweck entsprechend dem Kind.

Die Begründung dieses Ergebnisses ist allerdings nicht ganz einfach: Gibt es nämlich keine Grundlage für den Anspruch des Kindes auf Herausgabe der Familienbeihilfe nach Wegfall der Unterhaltsverpflichtung, so hat es beim Status quo zu bleiben, der Anspruchsberechtigte kann mangels eines besser Berechtigten im Besitz der Familienbeihilfe bleiben.

Typischerweise trifft den Anspruchsberechtigten gegenüber dem Kind, für das Familienbeihilfe bezogen wird, eine Unterhaltsverpflichtung. Das Unterhaltsrecht bewirkt dann die Weitergabeverpflichtung des wirtschaftlichen Vorteils der Familienbeihilfe an das Kind; wenn aber keine Unterhaltspflicht besteht, so fällt dieser Rechtsgrund gerade weg.

Auch eine Leistungskondition zugunsten des Kindes ist zu verneinen: Ist der Zweck für den die Familienbeihilfe gewährt wird, nämlich die Entlastung von der Unterhaltspflicht, weggefallen, so wäre ein Rückforderungsanspruch des Leistenden — des Dienstgebers bzw des Staates — denkbar. Dieser wird durch das FLAG aber gerade abgeschnitten, da nach den typisierenden Merkmalen der Anspruch auch dann zustehen soll, wenn keine zivilrechtliche Unterhaltspflicht besteht. Das ist etwa gegeben bei Einkünften des noch nicht 18jährigen Kindes aus einer Erbschaft oder einer Lehrlingsentschädigung, die relativ zum Einkommen der Eltern die Selbsterhaltungsfähigkeit bewirken, oder wenn der Stiefvater die Familienbeihilfe bezieht.

Im letzteren Fall ist seit jeher anerkannt, daß er diesen Vorteil nicht für sich behalten darf, sondern an das Kind herauszugeben hat<sup>140)</sup>. Eine konkrete Anspruchsgrundlage dafür wurde aber bisher nicht näher geprüft.

Der Minderjährige, der das 16. Lebensjahr vollendet hat<sup>141)</sup>, kann gemäß § 10 Abs 5 FLAG die Familienbeihilfe im eigenen Namen geltend machen, also unabhängig davon, ob er einen Unterhaltsanspruch hat oder nicht, sofern nur die allgemeinen Voraussetzungen gegeben sind. Ist die Unterhaltspflicht der ehemals Anspruchsberechtigten erloschen und bezieht die Familienbeihilfe das mit vollendetem 16. Lebensjahr antragslegitimierte Kind, so gibt es keinen Grund, sie an die Eltern herauszugeben, da — wie oben schon dargelegt — die Familienbeihilfe nach den Wertungen und Zielsetzungen des Gesetzes letztlich dem Kind zukommen soll. Daß bei noch nicht 16jährigen Kindern andere Wertungen maßgebend sein sollen, wäre nicht recht einsichtig. § 10 Abs 5 FLAG gilt jedoch nur für die Minderjährigen, die das 16. Lebensjahr vollendet haben.

<sup>140)</sup> EvBl 1960/63; EFSlg 11.785 (4).

<sup>141)</sup> Ihm ist der beschränkt Entmündigte gleichgestellt. Während ansonsten der beschränkt Entmündigte dem mindestens 14jährigen Minderjährigen gleichgestellt ist, wird hier die — soweit ersichtlich — willkürliche Parallele mit dem 16jährigen Minderjährigen gezogen.

<sup>138)</sup> EFSlg 30.689, 34.649, 35.216.

<sup>139)</sup> EFSlg 30.857, 33.078, 35.471.

Für die noch nicht 16 Jahre alten Kinder greift § 12 FLAG ein. Nach dieser Bestimmung hat das Vormundschaftsgericht für den Fall, daß die Familienbeihilfe nicht zugunsten des Kindes verwendet wird, sobald es davon Kenntnis erlangt, die Auszahlung der Familienbeihilfe an eine Person zu veranlassen, bei der Gewähr gegeben ist, daß sie dem Kind zugewendet wird. Diese Konstruktion soll der Schutzwürdigkeit des Kindes in besonderer Weise Rechnung tragen und setzt einen materiellrechtlichen Anspruch des Kindes auf die Familienbeihilfe voraus.

Verwendet der geborene Treuhänder (der Vater bzw die Mutter) die Familienbeihilfe nicht zweckentsprechend, so wird durch § 12 FLAG eine Umleitung an einen solchen Treuhänder bewirkt, der sie tatsächlich dem Kind zukommen läßt. Damit wird aber lediglich eine Leistung an das Kind für die Zukunft sichergestellt. War der Vater für die Vergangenheit in abstracto nach dem FLAG anspruchsberechtigt, hat er die Familienbeihilfe aber für sich und nicht für das Kind verwendet, so ist aus dem FLAG selbst eine Herausgabepflicht an das Kind nicht zu begründen. Dazu bedarf es der Heranziehung des allgemeinen Zivilrechts:

Wie bereits ausführlich dargestellt, bewirkt der Staat eine Leistung an das Kind, indem er vom Dienstgeber eine Abgabe einhebt, die dieser an den Vater zu leisten hat. Durch die Auszahlung an den Vater erfüllt der Staat somit seine auf Grund des FLAG bestehende Pflicht gegenüber dem Kind. Im Regelfall gelangt der Vorteil auch an das Kind, da der Vater schon auf Grund des Unterhaltsrechts zur Weitergabe verpflichtet ist. Aber auch dann, wenn kein Unterhaltsanspruch des Kindes existiert, bleibt die Familienbeihilfe dennoch eine Leistung des Staates an das Kind. Leitet der Bezieher die Familienbeihilfe nun nicht an das Kind weiter, so greift er in eine ausschließlich dem Kind zugeordnete Rechtsposition ein, womit man zur Anwendbarkeit des § 1041 gelangt und somit zu einer zivilrechtlichen Herausgabepflicht des Beziehers der Familienbeihilfe an das Kind.

## 2. Familienförderung durch betriebliche Zulagen und steuerliche Entlastung

Sofern betriebliche Kinderzulagen die gleiche Zielsetzung wie die staatliche Familienbeihilfe verfolgen bzw bei ihrer Zuerkennung an das FLAG angeknüpft wird, sind die für die staatliche Familienbeihilfe dargelegten Regeln analog anzuwenden: Die betriebliche Kinderzulage ist bei der Unterhaltsbemessung auszuklammern, von der so verminderten Bemessungsgrundlage ist der für den Unterhaltsanspruch maßgebliche Prozentsatz zu ermitteln und auf diesen Betrag ist die Zulage sodann anzurechnen. Wird die Zulage gewährt, obwohl keine Unterhaltspflicht mehr besteht, so ist sie gemäß § 1041 ABGB ebenfalls an das Kind herauszugeben.

Gleiche Grundsätze gelten auch für die familienfördernden Maßnahmen im EStG. Zu nennen sind die §§ 18, 34, 67, 108 EStG. Diese unterscheiden

sich von der Transferleistung Familienbeihilfe lediglich in der Verteilungswirkung, da der Vorteil mit zunehmendem Einkommen und damit steigendem Grenzsteuersatz wächst, nicht aber in der Zielsetzung. Auch die Steuerbegünstigungen werden gewährt, um dem Unterhaltspflichtigen einen Teil seiner Unterhaltslasten abzunehmen. Der Umstand, daß die Ermittlung des durch das Kind bedingten Steuervorteils schwierig sein mag, verhindert nicht dessen Berücksichtigung. Allerdings wird häufig der Vermögensvorteil so gering sein, daß er im Unschärfbereich des § 273 ZPO, der jeder Unterhaltsbemessung innewohnt, untergeht. Ist das Einkommen nämlich gering, so fallen infolge der niedrigen Spitzensteuersätze die angesprochenen Begünstigungen wertmäßig gering aus. Bei sehr hohen Einkommen wirken sich die Begünstigungen zwar stärker aus, der Kindesunterhalt wird dann aber gerade wegen des hohen Einkommens — mit und ohne Berücksichtigung der genannten Steuervorteile — die Höchstgrenze erreicht haben.

Sollte es dennoch praktische Anwendungsfälle geben, so ist das Einkommen mit und ohne Berücksichtigung des wegen des Kindes gewährten Steuervorteils zu ermitteln. Die Differenz ist dann so zu behandeln wie die staatliche oder betriebliche Familienbeihilfe. Der Unterhaltsprozentsatz ist von dem um die Steuervorteile verminderten Einkommen zu berechnen und die Steuervorteile sind sodann auf den Unterhaltsanspruch voll anzurechnen. Werden die Steuervorteile trotz Wegfalls der Unterhaltsverpflichtung weiter gewährt, so steht dem Kind auch diesbezüglich ein Anspruch nach § 1041 ABGB zu.

## 3. Der Unterhaltsanspruch als Voraussetzung für die Familienbeihilfe

Mit der Umstellung von Kinderfreibeträgen auf Kinderabsetzbeträge und letztlich auf eine reine Transferzahlung verfolgte man auch verteilungspolitische Zielsetzungen, dh es sollten gerade die einkommensschwächeren Unterhaltspflichtigen entlastet bzw ein bestimmter Mindestunterhalt ihrer Kinder sichergestellt werden. Diese soziale Komponente ist auch bei der Interpretation des FLAG zu berücksichtigen. Eigenes Gewicht kommt diesem Gesichtspunkt bei der Auslegung der § 2 Abs 6 und § 5 Abs 3 FLAG zu. Beide knüpfen bei der Gewährung der Familienbeihilfe an die Unterhaltspflicht des Beihilfenbeziehers an.

§ 2 Abs 6 FLAG, der die Anspruchsvoraussetzungen für den Fall regelt, daß das Kind nicht haushaltszugehörig ist, macht den Anspruch auf Familienbeihilfe davon abhängig, daß die Eltern mindestens in der Höhe der Familienbeihilfe zum Kindesunterhalt beitragen. Damit soll sichergestellt werden, daß die staatliche Leistung auch an das Kind weiterfließt und nicht beim Bezieher verbleibt. Wie bereits dargestellt, ist die Familienbeihilfe aber unabhängig von einer Unterhaltspflicht an das Kind herauszugeben. Würde man den Anspruch auf Familienbeihilfe davon abhängig machen, daß die Unterhaltspflicht mindestens in Höhe

der Familienbeihilfe besteht, so käme man zu dem Ergebnis, daß damit genau jenen Kindern die Familienbeihilfe vorenthalten wird, die am meisten darauf angewiesen sind. Verfügen die Eltern über nur geringe Einkünfte oder haben sie viele unterhaltsberechtigende Kinder, so kann es dazu kommen, daß der Unterhaltsanspruch eines Kindes weniger hoch ist als die Familienbeihilfe, insbesondere, wenn das Kind, um der familiären Not abzuweichen, einem Nebenverdienst nachgeht. Würde man in einem solchen Fall den Anspruch auf Familienbeihilfe verneinen, so würde das der durch die Novellen noch akzentuierten sozialen Zielsetzung des Familienlastenausgleichs gerade zuwiderlaufen.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe ist daher in all jenen Fällen zu bejahen, in denen das Kind noch nicht selbsterhaltungsfähig ist und einen Unterhaltsanspruch gegen die Eltern hätte, wenn diese hinreichend leistungsfähig wären. Denn weder mit dem Gleichheitsgrundsatz noch mit der sozialen Zielsetzung des FLAG erscheint es vereinbar, einem Kind, das über eigene Einkünfte verfügt, die Familienbeihilfe zu versagen, wenn die Eltern arm und deshalb nicht unterhaltspflichtig sind, ihm die Familienbeihilfe aber zuzusprechen, wenn die Eltern reich sind und daher qua Unterhaltsrecht noch zu einer Leistung in der Höhe der Familienbeihilfe verpflichtet sind. Es ist aus § 2 Abs 6 FLAG vielmehr die schon vorher aus § 1041 ABGB abgeleitete Folgerung zu ziehen, daß die Eltern den Vorteil jedenfalls an das Kind weiterzugeben haben.

Außerdem verlangt § 2 Abs 6 FLAG eine überwiegende Kostentragung. Das ist verschiedentlich so aufgefaßt worden, daß der Anspruch dann nicht zustehen soll, wenn die Unterhaltspflichtung weniger als 50 Prozent ausmacht<sup>142)</sup>. Schon in den Fällen, in denen das Kind eigene steuerpflichtige Einkünfte bezieht und zB sowohl Vater als auch Mutter zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, ist es möglich, daß jeder Unterhaltsbeitrag weniger als 50 Prozent beträgt. Würde man in solchen Fällen den Anspruch auf Familienbeihilfe verneinen, so käme man ebenso zu einem mit der sozialen Zielsetzung nicht verträglichen Ergebnis: Mit steigendem Einkommen ist nämlich umso eher die Gewähr gegeben, daß jemand zu mehr als der Hälfte der Unterhaltskosten verpflichtet ist und daher einen Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

Wie aber § 2 Abs 2 Satz 2 FLAG bereits indiziert, handelt es sich beim Merkmal der überwiegenden Kostentragung nicht um eine anspruchsbegründende Tatsache, sondern um eine Konkurrenzregel: Der bestehende Anspruch auf Familienbeihilfe steht dem zu, der mehr für das Kind aufwendet, da bei ihm eher Gewähr gegeben ist, daß er den Vorteil an das Kind weitergibt. Doch auch wenn die Eltern wegen Mittellosigkeit nicht einmal zu einem Schilling an Unterhalt verpflichtet wären, da sich das Kind auch selbst über Wasser halten kann, ist ihnen der Familienbeihilfenanspruch nicht zu versagen.

<sup>142)</sup> So Urban, Familienlastenausgleichsgesetz<sup>3</sup> (1978) 3.

Praktische Anwendungsfälle werden sich bei auswärts tätigen Lehrlingen und studierenden Kindern ergeben, insbesondere bei solchen, die bereits verheiratet sind. Dabei tauchen aber weitere Zweifelsfragen auf: Nachdem der VfGH<sup>143)</sup> ausgesprochen hat, daß die Verehelichung der Kinder kein sachgerechtes Kriterium für die Verneinung des Familienbeihilfenanspruchs der Eltern darstellt, da Unterhaltsansprüche der Kinder auch nicht zwangsläufig mit der Verehelichung aufhören, hat der Gesetzgeber den Mangel behoben und festgesetzt, daß der Familienbeihilfenanspruch der Eltern dann fortbesteht, wenn der Ehegatte des Kindes diesem nicht zur Unterhaltsleistung verpflichtet ist<sup>144)</sup>.

Es wurde nun der Umkehrschluß vertreten, daß der Familienbeihilfenanspruch nur dann besteht, wenn die Eltern unterhaltspflichtig sind<sup>145)</sup>. Das wird auch der Regelfall sein<sup>146)</sup>. Trotzdem sind Fälle denkbar, in denen es gerechtfertigt erscheint, den Eltern einen Anspruch auf Familienbeihilfe zu gewähren, ohne daß sie nach Zivilrecht unterhaltspflichtig wären. Zu denken ist an den Fall, daß der Ehegatte des Kindes geringe Einkünfte bezieht, aber nicht in solchem Ausmaß, daß dadurch der Durchschnittsbedarf beider Ehegatten abgedeckt wird. In einem solchen Fall hätte das Kind einen subsidiären Unterhaltsanspruch gegen seine Eltern. Sind diese aber mittellos, so würde dies dazu führen, daß sich der Lebensstandard der Eheleute anteilig zu mindern hätte, ein Unterhaltsanspruch gegenüber den eigenen Eltern wäre jedenfalls mangels Leistungsfähigkeit der Eltern zu verneinen.

Würde man nun den Beihilfenanspruch streng an die Unterhaltspflicht knüpfen, so käme man auch hier zu dem Ergebnis, daß gerade jenen die Beihilfe nicht zugute käme, die am allermeisten darauf angewiesen wären. Eine am Zweck orientierte Interpretation muß aber dazu führen, daß der Familienbeihilfenanspruch der Eltern auch dann besteht, wenn sie eine subsidiäre Unterhaltspflicht nicht trifft. Sie sind nämlich in diesem Fall nur „Inkassostelle“ der Familienbeihilfe und haben die Verpflichtung, diese an das Kind weiterzugeben.

#### 4. Familienbeihilfe und Bestimmtheit des Exekutionstitels

Abschließend soll noch auf die exekutionsrechtliche Zweifelsfrage eingegangen werden, ob ein Exekutionstitel über „X S zuzüglich der Familienbeihilfe“ das Bestimmtheitserfordernis des § 7 EO erfüllt<sup>147)</sup>. Das ist in der Vergangenheit unter-

<sup>143)</sup> VfSlg 8793 = ÖStZB 1980, 206.

<sup>144)</sup> Die im neuen Unterhaltsrecht verwirklichte Gleichstellung zwischen Mann und Frau führt dazu, daß die verdienende Frau dem studierenden Mann unterhaltspflichtig ist und somit ein Familienbeihilfenanspruch der Eltern des Mannes bei entsprechenden Einkünften der Frau zu verneinen ist.

<sup>145)</sup> So Pröll — Sailer — Kranzl — Mertens, Die Lohnsteuer in Frage und Antwort (1982) 840.

<sup>146)</sup> So auch EB zur RV 312 B1gNR 15. GP, 3.

<sup>147)</sup> Bejahend EFSlg 5635; ÖAV 1973, 46.

schiedlich beantwortet worden, die überwiegende Meinung hat es aber verneint<sup>148</sup>). § 7 EO verlange nicht nur Bestimmbarkeit, sondern der Exekutionstitel selbst müsse bestimmt sein. Eine Ausnahme normiere lediglich der § 10 a EO, der eine Bruchteilsexekution für zulässig erachtet. Diese Ausnahmeregelung sei jedoch eng auszulegen<sup>149</sup>). Daher erfüllt ein Exekutionstitel mit dem Zusatz „zuzüglich der Familienbeihilfe in der jeweils gültigen Höhe“ das Bestimmtheitserfordernis des § 7 EO nicht.

Die Ursache, warum man bei § 7 EO das Bestimmtheitserfordernis eng auslegt, dürfte in der Funktionentrennung des Zivilprozesses liegen: Nachdem im Erkenntnisverfahren die materielle Rechtslage des langen und breiten erörtert und schließlich geklärt worden ist, soll sie im Exekutionsverfahren möglichst rasch in die Realität umgesetzt werden<sup>150</sup>). Das Verfahren in Unterhaltsangelegenheiten weist ja insofern eine Besonderheit auf, als sich die Höhe des materiellen Anspruchs laufend ändert<sup>151</sup>). Durch die Hyperinflation nach dem Ersten Weltkrieg ergaben sich so weitreichende Änderungen im materiellen Recht, daß eine ständige Inanspruchnahme des Gerichts zur Anpassung auf exekutionsrechtlicher Ebene die Folge war. Die ursprünglich ökonomische Zweiteilung zwischen Erkenntnis- und Exekutionsverfahren hatte auf Grund geänderter wirtschaftlicher Verhältnisse ihre Rationalität eingebüßt.

Um wieder zu einem möglichst reibungslosen Unterhaltsverfahren zu gelangen, haben sich die Gerichte zunächst selbst geholfen und ihre Praxis wurde durch die EONov BGBl 1922/460 gesetzlich fixiert. Durch die Formulierung eines sich der Inflation anpassenden, flexiblen Unterhaltstitels (Bruchteilstitel) konnten all die Änderungsanträge, die durch die Inflation ausgelöst wurden, vom Erkenntnisverfahren ferngehalten und ins Exekutionsverfahren abgeschoben werden.

Die Rechenarbeit der Anpassung wird dabei nicht vom Gericht, sondern vom Dienstgeber (Drittschuldner) geleistet, der schon wegen der sonstigen Lohnverrechnung — Sozialversicherung, Besteuerung — auf diesem Gebiet über besondere Kenntnisse verfügt. Die Wertentscheidung des Gesetzgebers

könnte man so kurz zusammenfassen: Das Abgehen vom Bestimmtheitserfordernis des § 7 EO wurde deshalb gewählt, weil der Wegfall eines zusätzlichen Erkenntnisverfahrens mehr Zeitersparnis ergibt als eine gegenüber einem Fixbetragstitel zeit- aufwendigere Exekutionsführung gemäß § 10 a EO, bei der die Anpassung an geänderte Umstände noch dazu nicht von Justizorganen, sondern von einem Dritten (Dienstgeber des Unterhaltspflichtigen) zu leisten ist. Diese Wertentscheidung des Gesetzgebers muß aber auch bei der vorliegenden Frage Beachtung finden. Es bietet sich folgender Größenschluß an: Wenn das Gesetz bei Unterhaltsforderungen schon die Bestimmbarkeit bei einem Bruchteilstitel für ausreichend erachtet, so muß das umsomehr für die Formel „zuzüglich der Familienbeihilfe“ gelten. Während die Ermittlung des der Exekution unterworfenen Arbeitseinkommens mitunter erhebliche Schwierigkeiten verursacht<sup>152</sup>), die der Gesetzgeber aber in Kauf nimmt, erfordert die Ermittlung der Höhe der Familienbeihilfe keinen allzu großen Aufwand.

Für die bisher geübte Praxis, den Unterhaltstitel in der Form „X S zuzüglich der Familienbeihilfe“ zu formulieren, wird sich in Zukunft kaum ein Bedürfnis ergeben<sup>153</sup>), da die betreuende Mutter bzw das Kind die Familienbeihilfe direkt vom Finanzamt begehren können. Vielmehr wird es bei dieser Konstellation zweckmäßig sein, den Exekutionstitel in der Form „X S abzüglich der Familienbeihilfe“ zu formulieren, da nur dadurch dem Ausgleichsgedanken des FLAG Rechnung getragen werden kann und es zu einer Entlastung desjenigen kommt, der die finanziellen Mittel für den Unterhalt aufbringt. Unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit ergeben sich aber zum oben Ausgeführten keine Abweichungen.

## Rechtsprechung

### Verfassungsgerichtshof

**Art 7 Abs 1 B-VG; § 6 Z 10 UStG 1972: Ein Gesetz muß jederzeit dem Gleichheitssatz entsprechen. Aus der Sachgerechtigkeit einer Differenzierung zum Zeitpunkt der Erlassung eines Gesetzes erweist sich nicht automatisch auch die Sachgerechtigkeit im Prüfungszeitpunkt. — An sich läßt es der Gleichheitssatz zu, auf die Praktikabilität einer gesetzlichen Regelung Bedacht zu nehmen; diese Erlaubnis ist jedoch nicht schrankenlos; sie findet ihre Grenze dort, wo anderen Überlegungen, die gegen die Regelung sprechen, größeres Gewicht beizumessen ist als den verwaltungsökonomischen Erwägungen. — Die Differenzierung im § 6 Z 10 UStG 1972, wonach Blinden die Befreiung von der Umsatzsteuer zuge-**

<sup>148</sup>) So Heller—Berger—Stix, EO I 258; Pichler, ÖRZ 1968, 128; OGH in ÖRZ 1967, 73 = EvBl 1966/66; ÖRZ 1974, 300 = ÖAV 1977, 47; ÖAV 1975, 16.

<sup>149</sup>) Holzhammer, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht<sup>2</sup> (1980) 77.

<sup>150</sup>) Dazu kommt, daß der Exekutor nicht über die gleiche juristische Ausbildung wie der Richter im Erkenntnisverfahren verfügt, wodurch sich ein weiteres Bedürfnis nach deutlichen und einfach zu vollziehenden Exekutionstiteln ergibt.

<sup>151</sup>) Die Gründe liegen sowohl in der Sphäre des Gläubigers (zunehmende Bedürfnisse mit steigendem Alter) als auch des Schuldners (Änderung seines Einkommens). Dazu kommen externe Einflußgrößen wie etwa Wirtschaftswachstum oder Inflation sowie staatliche Beihilfen oder Änderungen des Steuerrechts.

<sup>152</sup>) Heller—Berger—Stix, EO I 246 ff und III 2001 ff.

<sup>153</sup>) Nur noch bei gemeinsamen Haushalt steht sowohl dem Vater als auch der Mutter ein Anspruch auf Familienbeihilfe zu. Nur insoweit ist die Geltendmachung in die Disposition der Parteien gestellt. Für den Fall getrennter Haushalte steht der Anspruch hingegen nur noch der Betreuungsperson zu.