

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden und durch die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Sailer, Dr. Lovrek, Dr. Jensik und Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Pflugschaftssache der minderjährigen Antragsteller Samuel S*****, geboren am *****, und Sarah S*****, geboren am *****, vertreten durch die Mutter Alexandra G*****, diese vertreten durch Mag. Klaus Zorn, Rechtsanwalt in Haid/Ansfelden, wider den Antragsgegner Franz S*****, vertreten durch Dr. Klaus Plätzer, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterhalts, über den Revisionsrekurs der Antragsteller gegen den Beschluss des Landesgerichts Linz als Rekursgericht vom 10. März 2010, GZ 15 R 15/10x-46, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Linz vom 24. November 2009, GZ 20 PU 152/08i-42, abgeändert wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Dem Erstgericht wird eine neuerliche Entscheidung nach Ergänzung des Verfahrens aufgetragen.

B e g r ü n d u n g :

Die Ehe der Eltern wurde am 10. Dezember 2004 gemäß § 55a EheG geschieden. Im Rahmen der Scheidung verpflichtete sich der Vater zu monatlichen Unterhaltszahlungen von je 300 EUR für den 2000 geborenen Samuel und die 2002 geborene Sarah. Der Vater war damals zu 60 % an einer GmbH beteiligt, deren alleiniger Geschäftsführer er war. Am 25. März 2008 beantragten die durch ihre Mutter vertretenen Minderjährigen, die monatliche Unterhaltspflicht des Vaters ab 1. April 2008 zu erhöhen. Nach Vorliegen des Gutachtens eines Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters dehnten die Minderjährigen ihren Unterhaltserhöhungsantrag ua auch auf den Zeitraum 1. April 2005 bis 31. Dezember 2005 aus und beehrten, die Unterhaltspflicht des Vaters in diesem Zeitraum mit monatlich je 369 EUR festzusetzen (ON 27).

Der Vater beehrte die Abweisung dieses Antrags. Sein durchschnittliches Jahreseinkommen 2005-2007 betrage nicht - wie vom Sachverständigen zu Grunde gelegt - 57.321,77 EUR, sondern nur 33.355,67 EUR. Der Sachverständige habe der Unterhaltsbemessungsgrundlage **Gewinnausschüttungen** für das Jahr 2005 in Höhe von 40.133,25 EUR hinzugerechnet, **die niemals zur Auszahlung gelangt seien**. Die Verteilung dieses Gewinns unter die Gesellschafter wäre schon deshalb nicht möglich gewesen, weil ein Gesellschafterbeschluss existiere, nach dem Gewinnausschüttungen erst zu tätigen seien, wenn 25 % Eigenkapital der Bilanzsumme erwirtschaftet worden wären.

Diese Voraussetzung sei 2005 nicht erfüllt gewesen. Gewinnverwendungsbeschlüsse, nach denen Gewinne zur Ausschüttung gelangen sollten, habe es nie gegeben; die Gewinne seien jeweils vorgetragen worden. Die letzten drei Jahre (seit März 2006) habe die Gesellschaft erhebliche Verluste verzeichnet, weshalb mittlerweile sämtliche Rücklagen aufgebraucht seien. In seiner Äußerung zu einem Ergänzungsgutachten verwies der Vater weiters darauf, dass nach dem Gesellschaftsvertrag eine Gewinnausschüttung mittels Beschlusses der Generalversammlung bei 90%iger Stimmenmehrheit und Anwesenheit von 90 % des eingezahlten Stammkapitals vorgesehen sei. Mit seinem Gesellschaftsanteil von 60 % wäre es ihm (allein) gar nicht möglich gewesen, einen dementsprechenden Beschluss zu fassen. Die Gewinnentnahmen seien jedenfalls nicht deshalb unterblieben, um die Unterhaltsansprüche der Kinder zu mindern. Es könne weder davon die Rede sein, dass er **Gewinnentnahmen in Schädigungsabsicht zu Lasten der Unterhaltsberechtigten unterlassen hätte**, noch, dass er schuldhaft Einnahmen versäumt habe. Weiters brachte der Vater vor, schon aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse habe die Einberechnung thesaurierter Gewinne in die Unterhaltsbemessungsgrundlage zu unterbleiben. Es sei jeweils auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens abzustellen. Der Sachverständige habe bei Einbeziehung der nicht ausgeschütteten Gewinne in die Unterhaltsbemessungsgrundlage verabsäumt, **die bei Ausschüttung entstehende Steuerbelastung zu berücksichtigen; es wären - wenn überhaupt - Nettobeträge anzusetzen**. Wäre der Gewinnvortrag nicht vorhanden gewesen, hätten die Verluste der Jahre 2006-2008 zur Überschuldung des Unternehmens und zur Anmeldung der

Insolvenz geführt. Da er nicht berechtigt gewesen wäre, Zahlungen aus dem IESG-Fonds zu erlangen, wäre er in diesem Fall einkommenslos und zur Erfüllung seiner Unterhaltsverpflichtungen gänzlich unfähig gewesen. Es mangle an der Verfügbarkeit des Einkommens. Es sei an der dem Vergleich zu Grunde liegenden Relation zwischen Einkommenshöhe und Ausmaß der Unterhaltsverpflichtung festzuhalten.

Das Erstgericht verpflichtete den Vater ab 1. April 2005 bis 31. Dezember 2005 zu monatlichen Unterhaltszahlungen von je 369 EUR. **Ausgehend von seiner Rechtsansicht, die nicht ausgeschütteten Gesellschaftsgewinne seien in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen, traf es die „Feststellung“, dass der Vater 2005 im Monatsdurchschnitt 6.170,61 EUR netto verdient habe.** Weiters stellte das Erstgericht fest, dass den Vater eine weitere Unterhaltspflicht für eine 1986 geborene Tochter treffe, die ein Universitätsstudium betreibe. Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass der **Vater die ihm als Gesellschafter und Geschäftsführer offen stehenden Gestaltungsmöglichkeiten nicht zu Lasten der unterhaltsberechtigten Kinder nutzen dürfe. Die Unterhaltspflicht im Ausmaß von jeweils 13 % pro Kind ergäbe monatliche Unterhaltsbeiträge von je 802 EUR. Der zweifache Regelbedarf betrage in dieser Altersstufe 418 EUR; unter Anrechnung der Familienbeihilfe** zwecks steuerlicher Entlastung des Vaters ergäben sich Unterhaltsbeträge von je 369 EUR pro Kind.

Das Rekursgericht änderte den Beschluss des Erstgerichts dahin ab, dass es den Vater verpflichtete, ab 1. April 2005 bis 31. Dezember 2005 für jedes Kind

monatlich 335 EUR an Unterhaltsbeiträgen zu leisten. Es sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

Es traf folgende wesentliche Feststellungen:

Der Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde am 15. Oktober 1999 geschlossen. Im Jahr 2005 war der Vater mit 60 % an der Gesellschaft beteiligt. In Punkt XI.2. des Gesellschaftsvertrags ist festgelegt, dass die Beschlüsse der Generalversammlung mit einer Mehrheit von 90 % der abgegebenen Stimmen gefasst werden. Nach Punkt XI.3. des Gesellschaftsvertrags richtet sich das Stimmrecht nach der Höhe der geleisteten Einlage. Die Generalversammlung ist beschlussfähig, wenn wenigstens 90 % des einbezahlten Stammkapitals vertreten sind. Über die Gewinnverwendung beschließen alljährlich die Gesellschafter (Pkt XII. 2.). Nach Punkt XII.3. sind die Gesellschafter am Gewinn im Verhältnis ihrer einbezahlten Stammeinlagen beteiligt. **Es gab nie eine Gewinnausschüttung.** 2007 erwirtschaftete die Gesellschaft hohe Verluste. Der Vater verdiente im Jahr 2005 33.773,03 EUR netto. Daraus ergibt sich ein monatliches Nettoeinkommen von 2.814,41 EUR. Die Steuerbemessungsgrundlage betrug 48.310,16 EUR. Wollte man die für das Jahr 2005 thesaurierten Gewinne dem Einkommen des Vaters hinzurechnen, ergäbe sich ein monatliches Nettoeinkommen von 6.170,61 EUR.

Rechtlich ging das Rekursgericht davon aus, dass dem Vater keine Schädigungsabsicht unterstellt werden könne. Der Gesellschaftsvertrag sei vor der Geburt der Kinder abgeschlossen worden. Über die Möglichkeit, Gewinnausschüttungen der Gesellschaft zu veranlassen, habe er aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung nicht verfügt, weshalb sein Anteil an den 2005 von der Gesellschaft

erzielten Gewinnen nicht zum verfügbaren Einkommen hinzu zu zählen sei. Seine Obliegenheit, sein Einkommen in zumutbarer Weise zu maximieren, habe der Vater nicht verletzt. Ausgehend von seinem verfügbaren monatlichen Einkommen im Jahr 2005 von 2.814,41 EUR ergebe sich unter Anwendung der „Prozentmethode“ und Einrechnung der Transferleistungen ein Unterhaltsanspruch von 335 EUR je Kind.

Der dagegen erhobene Revisionsrekurs der Kinder ist zulässig und im Sinne des Aufhebungsantrags auch berechtigt.

I. Der Oberste Gerichtshof hat zur Leistungsfähigkeit selbstständig Erwerbstätiger folgende Grundsätze vertreten:

1) Maßgeblich sind die dem Unterhaltspflichtigen tatsächlich zufließenden Mittel (RIS-Justiz RS0003799). Als Unterhaltsbemessungsgrundlage ist der tatsächlich verbliebene Reingewinn heranzuziehen, wie er sich aus den realen Einnahmen nach Abzug realer Betriebsausgaben sowie der Zahlungspflicht für einkommens- und betriebsgebundene Steuern und öffentliche Abgaben ergibt. Für selbständige Unternehmer, die Unterhaltsschuldner sind, gilt jedoch grundsätzlich, dass auch Rücklagen oder Rückstellungen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen sind (1 Ob 2082/96z). Derartige Rücklagen sind vermögensbildend und erhöhen den Wert des Unternehmens. Dies kann dann nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten gehen, wenn keine unternehmerischen Gründe für eine Rücklagenbildung sprechen. Werden etwa Gewinne einer KG freiwillig nicht ausgeschüttet, ist dies nicht als jedenfalls gerechtfertigt und damit unterhaltsmindernd anzusehen, weil die Belassung von Kapital in einem Unternehmen nicht unbedingt eine besonders

gewinnbringende Art der Kapitalveranlagung sei (3 Ob 89/97b). Sind selbstständig Erwerbstätige aber um die Sicherung und Erhaltung ihrer Einkommensquellen bemüht, tun sie dies auch im Interesse ihrer Unterhaltsberechtigten nach dem Maßstab eines pflichtbewussten Familienvaters. Dies kann dazu führen, dass Aufwendungen (Investitionen) zur Schaffung einer zusätzlichen Erwerbsmöglichkeit als Abzugspost von der Unterhaltsbemessungsgrundlage zumindest für einen kürzeren Zeitraum anerkannt werden können (RIS-Justiz RS0106933). Dabei spielt die Marktlage und eine realistische Zukunftsprognose eine entscheidende Rolle (vgl. *Neuhauser* in *Schwimmann ABGB*³ § 140 Rz 53). Für die Unternehmensaussichten sind konkrete Indikatoren maßgeblich. Eine „unterhaltsrechtliche“ Verpflichtung des Alleingeschafters und Geschäftsführers einer GmbH, einen Teil des bilanzierten Gesellschaftsgewinns auszuschütten, um die Bemessungsgrundlage für den Unterhalt zu erhöhen, wurde etwa in einem Fall verneint, in dem der Gewinn allein auf die Umwandlung von Anlagevermögen in Geld zurückzuführen war, um bei zinsengünstiger Veranlagung Bankverbindlichkeiten zur Gänze zu tilgen (1 Ob 14/04x). Zur unterhaltsrechtlichen Behandlung von Rücklagen und Rückstellungen in Bilanzen wurde entschieden, dass die Bildung einer Investitionsrücklage, der keine effektiven Ausgaben gegenüberstehen, nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen schmälert (1 Ob 535/92). Zur Abfertigungsrückstellung wurde hingegen ausgesprochen, dass diese die Unterhaltsbemessungsgrundlage mindere. Eine Erhöhung der Unterhaltsbemessungsgrundlage werde dann bewirkt, wenn es zur Aktivierung bei Auflösung der Rückstellung ohne tatsächliche Verwendung für Abfertigungen kommt (3 Ob 56/95).

2) Hier hat der Unterhaltsschuldner zur aufgezeigten Frage, ob der Thesaurierungsbeschluss der Gesellschafter überhaupt aus unternehmerischen Gründen notwendig war, - wenngleich wenig konkret - vorgebracht, es wäre auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens abzustellen gewesen. Zur entscheidenden Frage zur Vorhersehbarkeit einer künftigen negativen Entwicklung des Unternehmens, für die mit der Thesaurierung der im Jahr 2005 erzielten Gewinne vorgesorgt hätte werden sollen, stellte der Antragsgegner in erster Instanz keine Behauptungen auf. Er wies aber wiederholt darauf hin, es habe sich im Nachhinein herausgestellt, dass die Entscheidung zur Thesaurierung der Gewinne kaufmännisch richtig war, weil in den folgenden drei Jahren hohe Verluste aufgetreten seien, die durch die Gewinnvorträge abgedeckt werden konnten. Für seine Leistungsfähigkeit im Jahr 2005 ist jedoch nur eine ex ante Beurteilung relevant. Eine in diesem Sinn hinreichende Entscheidungsgrundlage hat das Gericht im außerstreitigen Verfahren von Amts wegen zu schaffen. Es hat dafür zu sorgen, dass alle für seine Entscheidung maßgebenden Tatsachen aufgeklärt werden sowie dafür, dass sämtliche Hinweise auf solche Tatsachen entsprechend berücksichtigt werden (§ 16 Abs 1 AußStrG). Diese Pflicht endet nur dort, wo ein Vorbringen der Parteien überhaupt nicht vorliegt oder trotz richterlicher Anleitung das Vorbringen nicht so konkretisiert wurde, dass eine Überprüfung möglich ist (RIS-Justiz RS0083783). Diese (negativen) Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Das Erstgericht wird demnach im fortzusetzenden Verfahren seiner amtswegigen Erhebungspflicht nachzukommen haben, wobei den Antragsgegner die Behauptungs- und Beweislast zur wirtschaftlichen Lage des

Unternehmens (das in den Vorjahren jeweils Gewinne erwirtschaftete) und zur wirtschaftlichen Vorhersehbarkeit einer künftigen negativen Entwicklung trifft, für die mit der Thesaurierung der Jahresgewinne 2005 vorgesorgt hätte werden sollen. Der Untersuchungsgrundsatz geht nämlich niemals so weit, die Parteien von einem möglichen und zumutbaren Vorbringen über Sachverhalte zu entbinden, über die nur sie Kenntnis haben können. Der Antragsgegner wird demnach darzulegen haben, dass die kaufmännische Notwendigkeit der Thesaurierung schon 2005 erkennbar und Grund für eine Ablehnung eines Gewinnausschüttungswunsches gewesen wäre. Im Zusammenhang damit werden im zweiten Rechtsgang auch Feststellungen über die Behauptung des Unterhaltsschuldners zu treffen sein, dass nach einem Gesellschafterbeschluss Gewinnausschüttungen erst ab Erreichen einer Eigenkapitalquote von 25 % erfolgen sollten.

II. Sollte sich im fortzusetzenden Verfahren herausstellen, dass die Thesaurierung der im Jahr 2005 erzielten Gewinne kaufmännisch nicht geboten war, wird weiters auf den vom Antragsgegner vertretenen Standpunkt einzugehen sein, er habe sich aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung nicht gegen ein „Ausschüttungsverbot“ bzw einen Gewinnverwendungsbeschluss, der einen Vortrag des Gewinns vorsehe, zur Wehr setzen können.

Zu einer Kommanditgesellschaft wurde bereits ausgesprochen, dass einbehaltene Gesellschaftsgewinne dann als nicht verfügbares Einkommen angesehen wurden, wenn dem unterhaltspflichtigen Vater aufgrund seiner durch den Gesellschaftsvertrag oder bindender Gesellschafterbeschlüsse

bestimmten Rechtsstellung keine Möglichkeit offen stand, die Einbehaltung des Gewinns zu verhindern (3 Ob 89/97b).

Zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist in diesem Zusammenhang schon jetzt Folgendes auszuführen:

1. Die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung haben Anspruch auf Ausschüttung des gesamten Jahresgewinns nach dem Verhältnis der einbezahlten Stammeinlagen. Der gesamte Jahresgewinn einschließlich eines allfälligen Gewinnvortrags ist unter die Gesellschafter zu verteilen. Ein Beschluss über die Ergebnisverwendung ist nur dort zu fassen, wo der Gesellschaftsvertrag dies besonders vorsieht (*Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/391). Auf diesem Weg können die Gesellschafter vom Grundsatz der „Vollausschüttung“ abweichen. Es liegt dann in ihrer Entscheidungsmacht, ob sie ihren Interessen auf Gewinnausschüttung Rechnung tragen wollen, oder im Interesse der Gesellschaft eine kaufmännisch gebotene Rücklagenbildung vornehmen.

2. Im Gesellschaftsvertrag der vom Antragsgegner geführten Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist die Fassung von Gewinnverwendungsbeschlüssen durch die Generalversammlung alljährlich anlässlich der Feststellung des Jahresabschlusses vorgesehen (Pkt XII.2.). Für die Beschlussfassung ist erforderlich, dass 90 % des eingezahlten Stammkapitals vertreten sind und eine Mehrheit von 90 % der abgegebenen Stimmen erzielt wird, wobei je 350 EUR einer übernommenen Stammeinlage eine Stimme gewähren (Pkt XI.). Der Antragsgegner war im Jahr 2005 mit 21.000 EUR am Stammkapital beteiligt, sodass ihm 60 Stimmen zustanden. Die weiteren Gesellschafter hielten Stammeinlagen von 8.750 EUR bzw 5.250 EUR, weshalb sie

über 25 bzw 15 Stimmen verfügten. Ausgehend von diesen Regelungen des Gesellschaftsvertrags wäre es jedem der Gesellschafter - somit auch dem Antragsgegner - jedenfalls möglich gewesen, sich im Rahmen der alljährlichen Gewinnverwendungsbeschlüsse gegen die Einstellung von Gewinnen in die freie Gewinnrücklage oder den Vortrag auf neue Rechnung zur Wehr zu setzen. Welche Rechtsfolgen eine solche Blockade eines für den Jahresabschluss nötigen Gewinnverteilungsbeschlusses hat und wie eine Entscheidung über die Gewinnverwendung herbeigeführt werden könnte, ist freilich durchaus strittig (dazu *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³ § 39 Rz 15 mwN). Zu erwägen wird allenfalls sein, dass der Antragsgegner seine Mitgesellschafter auch lediglich zu einer Teilausschüttung der Gewinne des Jahres 2005 veranlassen hätte können, um seinen Unterhaltsansprüchen nachkommen zu können.

III. Erfolgte die seinerzeitige Unterhaltsbemessung durch Vergleich, darf eine Änderung der Unterhaltsbemessung für die Vergangenheit immer dann vorgenommen werden, wenn wegen Änderung der Verhältnisse die seinerzeitige Unterhaltsbemessung wegen der ihr innewohnenden Umstandsklausel nicht mehr bindend ist (RIS-Justiz RS0053297). Hat sich aufgrund des im vorliegenden Verfahren eingeholten Buchsachverständigengutachtens herausgestellt, dass die Gesellschaft im Jahr 2005 beträchtliche Gewinne verzeichnete, ist die Neufestsetzung des Unterhalts für dieses Jahr infolge der gegenüber dem Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses im Dezember 2004 geänderten Verhältnisse zulässig.

IV. Auf die Verjährung ist nur infolge einer im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich zu erhebenden

Einwendung der Partei Bedacht zu nehmen. Diesen Einwand hat der Antragsgegner im erstinstanzlichen Verfahren unterlassen. Im außerstreitigen Verfahren sind zwar Einwendungen, die schon vor Erlassung des Beschlusses vorgebracht hätten werden können, auch dann zu berücksichtigen, wenn es sich bei der Verspätung um eine entschuldbare Fehlleistung handelt (§ 49 Abs 2 AußStrG). Die Zulässigkeit der neuen Einwendungen ist nach ständiger Rechtsprechung zu behaupten und schlüssig darzulegen (RIS-Justiz RS0120290). Allein der Umstand, dass das Erstgericht den Antragsgegner zur Erhebung des Verjährungseinwands nicht angeleitet hat, reicht zur Bejahung einer entschuldbaren Fehlleistung nicht aus, weil das Gericht auf die Verjährung des Anspruchs nicht aufmerksam zu machen hat (*Schragel in Fasching/Konecny* §§ 182, 182a ZPO Rz 12 mwN).

V. Sollte ein Zuspruch aufgrund einer Unterhaltsbemessungsgrundlage unter Einbeziehung der 2005 erwirtschafteten Unternehmensgewinne erfolgen, wird weiters auf den Einwand Bedacht zu nehmen sein, dass Ausschüttungen brutto erfolgen, vom Antragsgegner also zu versteuern wären.

Die Entscheidung der Vorinstanzen ist aus den dargelegten Gründen aufzuheben.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 13. Oktober 2010
Dr. P r ü c k n e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: