

**OGH 2021/06/14, 5 Ob 85/21t**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hartmut Ramsauer, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Roland Reichl, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterhalt (Streitwert 22.536 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Berufungsgericht vom 25. Februar 2021, GZ 21 R 263/20b 149, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Thalgau vom 8. Juli 2020, GZ 1 C 13/12b 141, teilweise bestätigt, teilweise abgeändert wurde, den

**Beschluss**

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen deren mit 1.489,86 EUR (darin 248,31 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

**Begründung:**

[1] Die Ehe der Streitteile wurde am 29. 9. 2014 nach § 55 EheG geschieden. Das Urteil enthält den Ausspruch nach § 61 Abs 3 EheG, dass der – hier – Beklagte die Zerrüttung überwiegend verschuldet hat. Dass der Klägerin grundsätzlich Unterhalt nach § 69 Abs 2 EheG iVm § 94 ABGB wie während aufrechter Ehe zusteht, ist nicht mehr strittig. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur mehr die Frage, ob fiktive Gewinnausschüttungen für das Geschäftsjahr 2019 aus einer GmbH, die sich mit der Vermittlung und dem Verkauf von Holz, Holzprodukten und Holzverarbeitungsmaschinen befasst und deren alleiniger Gesellschafter

und Geschäftsführer der Beklagte ist, als Einkommensbestandteil der Unterhaltsbemessungsgrundlage hinzuzurechnen sind.

[2] Das Erstgericht bejahte dies für das Jahr 2019 und gab dem Unterhaltsbegehren insoweit in Höhe von monatlich 1.878 EUR samt gestaffelter Zinsen statt. Das Unterhaltsbegehren der Klägerin ab 1. 1. 2020 wies es hingegen ab.

[3] Der nur vom Beklagten erhobenen Berufung gab das Berufungsgericht teilweise Folge und wies das Unterhaltsbegehren der Klägerin für den Zeitraum 1. 1. bis 31. 12. 2019 ab. Anlässlich der Berufungsentscheidung fasste es den Spruch insgesamt, somit einschließlich des bestätigten und des bereits in Rechtskraft erwachsenen abweisenden Teils neu. Die ordentliche Revision ließ es mit der Begründung zu, der Oberste Gerichtshof habe sich mit der Frage noch nicht befasst, ob zur Beurteilung der Einbeziehung von nicht ausgeschüttetem Gewinn einer Gesellschaft, deren Gesellschafter Geschäftsführer der Unterhaltsschuldner ist, in die Unterhaltsbemessungsgrundlage auch dann auf den fiktiven Zeitpunkt der Ausschüttung abzustellen sei, wenn mangels Vorliegens des Jahresabschlusses über die Thesaurierung noch gar nicht entschieden wurde.

[4] Gegen den gesamten klageabweisenden Teil des Berufungsurteils wendet sich die ordentliche Revision der Klägerin, in der sie insoweit die Klagestattgebung, hilfsweise die Aufhebung beantragt.

[5] Der Beklagte beantragt, die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

[6] Die Revision ist absolut unzulässig, soweit sie die Abweisung des Unterhaltsbegehrens ab 1. 1. 2020 betrifft. Im Übrigen ist sie – ungeachtet des den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) – Ausspruchs des Berufungsgerichts nicht zulässig und kann auch keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO aufzeigen.

[7] 1. Die Abweisung des Unterhaltsbegehrens für den Zeitraum ab 1. 1. 2020 durch das Erstgericht erwuchs mangels Rechtsmittels der Klägerin in Rechtskraft. Das Berufungsgericht hat diesen bereits rechtskräftigen Teil der erstinstanzlichen Entscheidung anlässlich der Neufassung des Spruchs – offenbar aus Gründen der Vollständigkeit – nur in den Punkt 2 seines Spruchs mitaufgenommen. Soweit sich die Revisionswerberin nach Anfechtungserklärung und -antrag auch gegen die Abweisung des Unterhaltsbegehrens ab 01.01.2020 wendet, steht dem die (Teil-) Rechtskraft der erstinstanzlichen Entscheidung entgegen. Insoweit ist ihr Rechtsmittel daher zurückzuweisen (7 Ob 61/12i).

[8] 2. Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens wurde geprüft, sie liegt nicht vor. Das Berufungsgericht hat sich mit der Beweisrüge der Klägerin in der Berufungsbeantwortung befasst und logisch nachvollziehbare Überlegungen dazu angestellt (RIS Justiz RS0043150). Einer weiteren Begründung bedarf dies nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

[9] 3.1 Für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines selbständig Erwerbstätigen ist in erster Linie die sich aus seinem Gesamteinkommen nach Abzug von Steuern und öffentlichen Abgaben vom Einkommen ergebende tatsächliche wirtschaftliche Lage, somit die Summe der ihm tatsächlich zufließenden verfügbaren Mittel maßgeblich (RS0013386; RS0003799; 3 Ob 127/19a). Als Einkommen zu veranschlagen sind daher auch Erträge von Vermögen (RS0122837; RS0013386 [T4]; RS0113786), darunter würden auch Gewinnausschüttungen fallen (vgl RS0122836).

[10] 3.2 Da ein Unterhaltsschuldner alle Kräfte anzuspannen hat, um seiner Verpflichtung zur Leistung des Unterhalts nachkommen zu können, muss er alle persönlichen Fähigkeiten, so insbesondere seine Arbeitskraft so gut wie möglich einsetzen und seine Leistungskraft unter Berücksichtigung seiner Ausbildung und seines Könnens ausschöpfen (RS0047686 [T1, T4]; 5 Ob 25/19s). Der für unselbständig und selbständig Erwerbstätige geltende (RS0047511) Anspannungsgrundsatz wird daher dann verletzt, wenn sich der Unterhaltsschuldner mit einem geringeren

Einkommen begnügt als es ihm möglich wäre (RS0047686 [T28]; 6 Ob 76/18x). Im Rahmen des Anspannungsgrundsatzes können zumutbarerweise erzielbare Vermögenserträge bei der Unterhaltsbemessung berücksichtigt werden (RS0047643 [T4]; 10 Ob 57/08t). Dies setzt aber eine dem Unterhaltspflichtigen vorwerfbare Pflichtverletzung voraus (RS0107086), somit ein Verschulden am Einkommensmangel (5 Ob 25/19s). Ist der Verzicht auf die Erzielung eines höheren Einkommens durch berücksichtigungswürdige Gründe gerechtfertigt, ist der Anspannungsgrundsatz nicht anzuwenden (RS0047566; 6 Ob 76/18x).

[11] 3.3 Rücklagen oder Rückstellungen eines selbständigen Unternehmers als Unterhaltsschuldner sind grundsätzlich in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen (1 Ob 2082/96z; 3 Ob 134/10t), weil derartige Rücklagen vermögensbildend sind und den Wert des Unternehmens erhöhen. Dies geht nach der Rechtsprechung dann nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten, wenn keine unternehmerischen Gründe für eine Rücklagenbildung sprechen. Werden etwa Gewinne einer KG freiwillig nicht ausgeschüttet, ist dies nicht als jedenfalls gerechtfertigt und unterhaltsmindernd anzusehen, weil die Belassung von Kapital in einem Unternehmen nicht zwingend eine besonders gewinnbringende Art der Kapitalveranlagung ist (3 Ob 134/10t). Demgemäß ist der Unterhaltsschuldner – falls ihm die rechtliche Möglichkeit zusteht – verpflichtet, eine ihm mögliche Gewinnentnahme nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten zu unterlassen (3 Ob 89/97b). Ist der Unterhaltspflichtige einziger Gesellschafter einer GmbH und auch deren alleiniger Geschäftsführer, ist bei Thesaurierung der Gewinne zu prüfen, wie sich partnerschaftlich eingestellte Ehegatten im gemeinschaftlichen Interesse unter den gegebenen Umständen und nach den konkreten Lebensverhältnissen verhalten hätten; es ist (nur) jener Teil der tatsächlich nicht gezogenen Einkünfte an Kapitalerträgen angemessen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen, der vertretbarerweise gezogen hätte werden können (vgl 6 Ob 545/91 und 7 Ob 635/94).

[12] 3.4 Zu 3 Ob 134/10t war zu beurteilen, ob der Unterhaltsbemessungsgrundlage des Vaters für den Kindesunterhalt Gewinnausschüttungen einer GmbH, an der er zu 60 % beteiligt war, hinzuzurechnen waren. Als maßgeblich erachtet wurde, ob eine künftige negative Entwicklung des Unternehmens, für die mit der Thesaurierung der Gewinne vorgesorgt hätte werden sollen, vorhersehbar war. Der Vater hatte sich nur darauf berufen, im Nachhinein habe sich herausgestellt, dass die Entscheidung zur Thesaurierung der Gewinne kaufmännisch richtig gewesen sei. Der dritte Senat sprach aus, dass den unterhaltspflichtigen Vater die Behauptungs- und Beweislast zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens (das in den Vorjahren Gewinne erwirtschaftet hatte) und zur wirtschaftlichen Vorhersehbarkeit einer künftigen negativen Entwicklung trifft, für die mit der Thesaurierung der Jahresgewinne vorgesorgt hätte werden sollen. Die einer Gewinnausschüttung entgegenstehenden wirtschaftlichen Gründe hat auch hier grundsätzlich der Beklagte zu behaupten und zu beweisen (3 Ob 170/20a).

[13] 4.1 Die auf Basis dieser Rechtsprechungsgrundsätze ergangene Entscheidung des Berufungsgerichts ist nicht korrekturbedürftig. Ob der Beklagte im Einzelfall die der Gewinnausschüttung für das Geschäftsjahr 2019 entgegenstehenden wirtschaftlichen Gründe ausreichend behauptet und bewiesen hat, ist eine Frage des Einzelfalls, die – wenn die Auslegung des Parteivorbringens nicht mit dem Wortlaut unvereinbar ist oder gegen die Denkgesetze verstößt – nicht an den Obersten Gerichtshof herangetragen werden kann (RS0042828 [T11, T31]).

[14] 4.2 Der Beklagte hat vorgebracht, die Gewinne seien nicht ausbezahlt worden, die Thesaurierung sei betriebswirtschaftlich notwendig gewesen, es sei wegen der Coronakrise zu Umsatzeinbußen und erhöhten Lagerkosten gekommen und im Geschäftsjahr 2020 werde wie im Vorjahr ein Verlust auftreten. Die Beurteilung der Vorinstanzen, der Beklagte habe damit konkrete Gründe vorgebracht, die einer Thesaurierung der für das Jahr 2019 (allenfalls) erwirtschafteten Gewinne entgegenstehen, ist daher nicht aufzugreifen.

[15] 4.3 Nach den, den Obersten Gerichtshof bindenden, Feststellungen des Erstgerichts verschlechterte sich die wirtschaftliche Entwicklung der GmbH im Jahr 2020 im Vergleich zu den vorangegangenen Geschäftsjahren erheblich. Seit Mitte März 2020 sind deren Absatzgebiete durch die Corona Pandemie massiv betroffen, die einerseits einen erheblichen Umsatzeinbruch und andererseits anwachsende Lager- und Mietkosten verursacht. Im Jahr 2020 wird die GmbH kein nennenswertes positives Jahresergebnis erzielen, das aus kaufmännischer Notwendigkeit voll zu thesaurieren wäre, wenn es nicht sogar zu Verlusten kommt. Aus dislozierten Feststellungen des Erstgerichts im Rahmen der Beweiswürdigung und der rechtlichen Beurteilung leitete das Berufungsgericht weiters ab, dass ab Februar/März 2020 eine Thesaurierung der Gewinne aus 2019 kaufmännisch notwendig war, was auch die Klägerin in ihrer Revision nicht bestreitet. Im Revisionsverfahren unstrittig ist weiters, dass der Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2019 zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorlag.

[16] 4.4 Die Gesellschafter (hier also der Beklagte als Alleingesellschafter) haben zwar nach § 82 Abs 1 GmbHG grundsätzlich Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschaft von der Verteilung ausgeschlossen ist. Mangels besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags ist der Bilanzgewinn nach dem Verhältnis der eingezahlten Stammeinlagen zu verteilen (§ 82 Abs 2 GmbHG). Wird allerdings dem Geschäftsführer oder dem Aufsichtsrat in der Zeit zwischen dem Schluss des Geschäftsjahres und der Beschlussfassung der Gesellschafter über den Jahresabschluss bekannt, dass der Vermögensstand der Gesellschaft durch eingetretene Verluste oder Wertvermindierungen erheblich und voraussichtlich nicht bloß vorübergehend geschmälert worden ist, ist der sich nach der Bilanz ergebende Gewinn in einem der erlittenen Schmälerung des Vermögens entsprechenden Betrag von der Verteilung ausgeschlossen und auf Rechnung des laufenden Geschäftsjahres zu übertragen (§ 82 Abs 5

GmbHG). Dazu kommt, dass der Gewinn einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung grundsätzlich nicht vor Feststellung des Jahresabschlusses und vor einem allfälligen Gewinnverteilungsbeschluss ausgeschüttet werden darf; Vorauszahlungen auf zukünftige Gewinnansprüche sind unzulässig (RS0105518 [T13, T14, T15]). Die der Beschlussfassung der Gesellschafter unterliegende Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses sowie Verteilung des Bilanzgewinns hat in den ersten acht Monaten jedes Geschäftsjahres für das abgelaufene Geschäftsjahr zu erfolgen (§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG).

[17] 4.5 Hier stand bereits im Februar/März 2020, also zu einem Zeitpunkt, als der Jahresabschluss für 2019 weder bereits aufgestellt war noch aufgestellt hätte sein müssen, fest, dass die Thesaurierung allfälliger Gewinne aus 2019 betriebswirtschaftlich notwendig ist. Die mit der Corona Pandemie verbundene künftige negative Entwicklung der GmbH war bereits vorauszusehen. Weshalb der Beklagte in dieser Situation dennoch eine Gewinnausschüttung für 2019 vornehmen hätte sollen, erschließt sich dem erkennenden Senat nicht.

[18] 4.6 Die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Anspannung nach den konkreten Umständen gegeben sind, ist grundsätzlich einzelfallabhängig (RS0047686 [T27]; RS0113751; RS0007096 [T4, T6, T8]). Sie wirft – abgesehen von einer hier nicht vorliegenden krassen Fehlbeurteilung – keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 62 Abs 1 AußStrG bzw § 502 Abs 1 ZPO auf. Davon auszugehen, dem Beklagten sei aus unterhaltsrechtlicher Sicht kein Vorwurf daraus zu machen, dass er nicht bereits vor März 2020 Gewinne aus 2019 entnommen hat, die zu diesem Zeitpunkt gesellschaftsrechtlich noch nicht feststanden und ausgezahlt hätten werden dürfen, um der Klägerin einen höheren Unterhaltsanspruch zu ermöglichen, bedarf keiner Korrektur im Einzelfall (vgl hiezu auch 7 Ob 61/12i, wonach auf nicht einmal feststehende mögliche Gewinnausschüttungen der GmbH an die Gesellschafter nicht Bedacht zu nehmen ist, wenn unternehmerische Gründe dafür sprechen, einen allfälligen Gewinn nicht auszuzahlen).

[19] 5. Damit kommt es auf die vom Berufungsgericht als erheblich angesehene Rechtsfrage letztlich nicht an. Es mag sein, dass aus unterhaltsrechtlicher Sicht der Tag der Bilanzerstellung nicht mit dem Zeitpunkt der (betriebswirtschaftlichen) Entscheidung gleichzusetzen ist, ob Gewinne zu thesaurieren sind oder nicht. Würde der Beklagte die Erstellung des Jahresabschlusses ohne betriebswirtschaftlichen Grund unnötig hinauszögern, um die Klägerin in berechtigten Unterhaltsansprüchen zu schädigen, könnte im Einzelfall nicht auf den Tag der Bilanzerstellung und der Beschlussfassung der Gesellschafter betreffend Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses abgestellt werden. Dass für das Geschäftsjahr 2019 hier davon auszugehen wäre, hat die Klägerin aber nicht behauptet und ist schon deshalb auszuschließen, weil die Frist für die Erstellung des Jahresabschlusses nach dem GmbHG erst im August des Geschäftsjahres für das abgelaufene Geschäftsjahr ablief, somit überhaupt erst nach dem Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz. Die in der Revision zitierte Entscheidung 3 Ob 134/10t ist insoweit daher hier nicht einschlägig.

[20] 6. Damit war die Revision zurückzuweisen.

[21] 7. Der Kostenvorbehalt nach § 52 Abs 1 ZPO erfasst nur die vom Prozesserverfolg in der Hauptsache abhängigen Kosten und steht der Kostenentscheidung im Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Revision nicht entgegen (RS0129365 [T2, T3]). Dem Beklagten, der auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen hat, war daher der Ersatz der tarifgemäß verzeichneten Kosten der Revisionsbeantwortung zuzusprechen.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:OGH0002:2021:0050OB00085.21T.0614.000