

selbst über einen längeren Zeitraum, reicht dagegen in aller Regel nicht aus.<sup>7</sup>

*Horst Luthin*, Vors. Richter am OLG a.D., Altenberge

## Zustimmung zur Zusammenveranlagung

\_\_\_\_\_ § 1353 Abs. 1 BGB; § 26 Abs. 1 EStG

**Ein Ehegatte ist auch dann verpflichtet, einer von dem anderen Ehegatten gewünschten Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer zuzustimmen, wenn es zweifelhaft erscheint, ob die Wahlmöglichkeit nach § 26 Abs. 1 EStG besteht. Ausgeschlossen ist ein Anspruch auf Zustimmung nur dann, wenn eine gemeinsame Veranlagung zweifelsfrei nicht in Betracht kommt (Fortführung von Senatsurteil v. 29.4.1998 – XII ZR 266/96 – FamRZ 1998, 953).**

BGH, Urt. v. 3.11.2004 – XII ZR 128/02 (OLG Oldenburg, AG Lingen/Ems)

**Tatbestand:** Der Kläger verlangt von der Beklagten Zustimmung zur Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer für das Jahr 1999.

Die Parteien sind getrennt lebende Ehegatten; die Beklagte bezog im Dezember 1998 eine eigene Wohnung. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen der für 1999 erstrebten Zusammenveranlagung seien gleichwohl erfüllt. Er hat dazu geltend gemacht, die Beklagte habe Anfang 1999 noch wiederholt in der Ehwohnung übernachtet, wie auch er in ihrer Wohnung übernachtet habe. Es habe seinerzeit intensive, auf eine Fortsetzung der Ehe zielende Gespräche gegeben. Außerdem hätten wirtschaftliche Gemeinsamkeiten bestanden. So habe die Beklagte noch bis März 1999 Vollmacht über sein Konto besessen und von diesem auch Abhebungen vorgenommen. Durch Erklärung zu Protokoll des AG – Familiengericht – hat der Kläger sich bereit erklärt, die Beklagte für den Fall, dass sie durch die gemeinsame steuerliche Veranlagung irgendwelche steuerlichen Nachteile erleide, hiervon freizustellen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Nach ihrem Vorbringen hat es seit ihrem Auszug aus der Ehwohnung Ende 1998 keine Gemeinsamkeiten mehr gegeben. Ihre Verfügungen über das Konto des Klägers hätten ausschließlich ihr zustehende Beträge betroffen.

Das AG – Familiengericht – hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG das angefochtene Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

**Entscheidungsgründe:** Die Revision hat keinen Erfolg.

1. Das OLG, dessen Entscheidung in FuR 2002, 380 ff. veröffentlicht ist, hat die Beklagte für verpflichtet gehalten, der

Zusammenveranlagung für das Jahr 1999 zuzustimmen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Anspruch auf Abgabe der Zustimmungserklärung ergebe sich aus § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft und zur gemeinsamen Verantwortung umfasse das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme. Dazu gehöre es auch, die finanziellen Lasten für den anderen Ehegatten möglichst gering zu halten und an einer gemeinsamen steuerlichen Veranlagung mitzuwirken. Ob die hierfür erforderlichen steuerrechtlichen Voraussetzungen erfüllt seien, sei eine im Zivilprozess nicht zu entscheidende Frage. Hierüber habe das Finanzamt und im Streitfall das Finanzgericht zu befinden. Daraus folge nicht, dass der Beklagten die Beteiligung an einem möglichen Steuervergehen zugemutet werde. Ein solches könne sich nicht aus der Zustimmungserklärung, sondern allenfalls aus der Angabe falscher Tatsachen ergeben, die der Beklagten aber nicht angesonnen werde. Da der Kläger sich ausdrücklich verpflichtet habe, sie von allen möglichen Nachteilen aus einer Zusammenveranlagung freizustellen, werde die Beklagte durch die Abgabe der Erklärung nicht in unzumutbarer Weise belastet. Demgegenüber erstrebe der Kläger die gemeinsame Veranlagung, weil sie für ihn im Verhältnis zur getrennten Veranlagung einen wirtschaftlichen Vorteil von rund 10.000 DM mit sich brächte. Dass dieser Vorteil erreichbar sei, könne jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Der Kläger führe für seine Auffassung, die Parteien hätten 1999 noch nicht dauernd getrennt gelebt, mehrere Indizien an. Im Übrigen könne für eine Zusammenveranlagung auch eine Wirtschaftsgemeinschaft genügen. Da die Parteien 1999 unstreitig noch ein gemeinsames Konto geführt hätten, sei nicht auszuschließen, dass die Finanzbehörden die Voraussetzungen für eine gemeinsame Veranlagung bejahen würden.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

2. a) Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, ergibt sich aus dem Wesen der Ehe für beide Ehegatten die – aus § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB abzuleitende – Verpflichtung, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu vermindern, soweit dies ohne eine Verletzung eigener Interessen möglich ist. Ein Ehegatte ist daher dem anderen gegenüber verpflichtet, in eine von diesem gewünschte Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer einzuwilligen, wenn dadurch die Steuerschuld des anderen verringert, der auf Zustimmung in Anspruch genommene Ehegatte aber keiner zusätzlichen steuerlichen Belastung ausgesetzt wird (st. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 13.10.1976 – IV ZR 104/74 – FamRZ 1977, 38, 40 f.; Senatsurteile v. 4.11.1987 – IVb ZR 83/86 – FamRZ 1988, 143, 144; v. 12.6.2002 – XII ZR 288/00 – FamRZ 2002, 1024, 1025 mit Anmerkung *Bergschneider*, FamRZ 2002, 1181 und v. 25.6.2003 – XII ZR 161/01 – FamRZ 2003, 1454, 1455 mit kritischer Anmerkung *Wever*). Letzteres ist u.a. dann der Fall, wenn der die Zusammenveranlagung begehrende

<sup>7</sup> U.a. BGH FamRZ 1995, 475.

Ehegatte sich verpflichtet, den anderen von ihm hierdurch etwa entstehenden Nachteilen freizustellen. Diese Auffassung wird auch von der Revision im Grundsatz nicht angegriffen.

b) Sie macht jedoch geltend, aus dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme folge die Verpflichtung, die begehrte Zustimmung zu erteilen, nur dann, wenn die Voraussetzungen einer gemeinsamen Veranlagung nach § 26 Abs. 1 S. 1 EStG gegeben seien. Dazu habe das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, weshalb für das Revisionsverfahren entsprechend dem Vortrag der Beklagten davon auszugehen sei, dass die Parteien seit dem Auszug der Beklagten aus der ehelichen Wohnung am 2.12.1998 dauernd voneinander getrennt gelebt hätten. Damit vermag die Revision nicht durchzudringen.

Zutreffend ist zwar, dass Ehegatten allein dann zwischen getrennter Veranlagung und Zusammenveranlagung wählen können, wenn sie beide unbeschränkt einkommensteuerpflichtig i.S.d. § 1 Abs. 1 oder 2 oder des § 1a EStG sind und nicht dauernd getrennt leben und diese Voraussetzungen zu Beginn des Veranlagungszeitraums vorgelegen haben oder im Laufe des Veranlagungszeitraums eingetreten sind (§ 26 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 EStG). Ist das der Fall, so werden Ehegatten zusammen veranlagt, wenn beide diese Veranlagungsart wählen und die zur Ausübung der Wahl erforderliche Erklärung abgeben (§ 26 Abs. 2 S. 2 und 3 EStG).

Würde die – zivilrechtliche – Verpflichtung eines Ehegatten, der Zusammenveranlagung zuzustimmen, voraussetzen, dass die hierfür nach § 26 Abs. 1 S. 1 EStG erforderlichen Umstände gegeben sind und sich infolge der Erklärung deshalb die steuerliche Belastung des anderen vermindert, so wäre hierüber durch die Zivilgerichte zu befinden. Wenn diese den Tatbestand des § 26 Abs. 1 S. 1 EStG verneinen, wäre dem eine Zusammenveranlagung begehrenden Ehegatten die Möglichkeit, auf diesem Weg eine steuerliche Entlastung zu erlangen, bereits im Vorfeld genommen, ohne dass er eine Klärung streitiger Fragen durch eine Entscheidung der Finanzbehörden bzw. der Finanzgerichte erreichen könnte. Eine entsprechend der vorgenannten Maßgabe eingeschränkte Zustimmungspflicht würde mit der familienrechtlichen Verpflichtung, dabei mitzuwirken, dass die finanziellen Lasten des anderen Ehegatten möglichst vermindert werden, nicht in Einklang stehen. Denn dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn dem betreffenden Ehegatten die Möglichkeit eröffnet wird, eine Entscheidung der hierfür zuständigen Finanzbehörden bzw. der Finanzgerichte darüber herbeizuführen, ob für einen bestimmten Veranlagungszeitraum eine Zusammenveranlagung erfolgen kann. Deshalb ist ein Ehegatte – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Anspruchs – auch dann verpflichtet, einer Zusammenveranlagung zuzustimmen, wenn es zweifelhaft erscheint, ob die Wahlmöglichkeit nach § 26 Abs. 1 S. 1 EStG besteht (a.A.: OLG Hamm FamRZ 1994, 893 f.). Insofern ist die Rechtslage nicht anders zu beurteilen als bei der Verpflichtung eines Ehegatten, dem sog. begrenzten Realsplitting nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuzustimmen (vgl. hierzu Senatsurteil v. 29.4.1998 – XII ZR

266/96 – FamRZ 1998, 953, 954). Ausgeschlossen ist der geltend gemachte Anspruch aus steuerrechtlichen Gründen deshalb nur dann, wenn eine gemeinsame Veranlagung zweifelsfrei nicht in Betracht kommt.

c) Das ist nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen im Hinblick auf den von der Beklagten allein infrage gestellten Umstand des „nicht dauernden Getrenntlebens“ nicht der Fall. Danach ist zwar streitig, ob die Parteien im Jahr 1999 noch zusammengelebt haben. Die bloße räumliche Trennung von Ehegatten rechtfertigt für sich allein aber noch nicht die Annahme, sie lebten i.S.d. § 26 Abs. 1 S. 1 EStG dauernd voneinander getrennt. Wesentliche Bedeutung kommt unter solchen Umständen vielmehr dem Gesichtspunkt zu, ob trotz länger andauernder räumlicher Trennung noch die eheliche Wirtschaftsgemeinschaft aufrechterhalten worden ist (BFH NV 1999, 951; *Schmidt/Seeger*, EStG, 23. Aufl., § 26 Rn 10; *Schmieszek*, in: *Bordewin/Brandt*, EStG, § 26 Rn 32; *Pflüger*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG, § 26 Rn 30; *Genthe*, FuR 1999, 53, 54).

Diese Möglichkeit ist nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls nicht auszuschließen. Danach haben die Ehegatten nämlich im Jahre 1999 noch ein Bankkonto geführt, für das sie beide (einzeln) Verfügungsmacht besaßen und über das die Beklagte auch tatsächlich verfügt hat. Ob dieser Umstand allein oder neben den vom Kläger angeführten weiteren Indizien für die Annahme eines zeitweisen Fortbestehens der ehelichen Lebensgemeinschaft im Veranlagungszeitraum 1999 ausreicht, ist nicht im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits zu entscheiden, sondern von den Finanzbehörden, die die maßgebenden Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG von Amts wegen zu ermitteln haben.

3. Eine Verpflichtung, der gemeinsamen steuerlichen Veranlagung zuzustimmen, besteht allerdings nur unter der weiteren Voraussetzung, dass eigene Interessen des auf Zustimmung in Anspruch genommenen Ehegatten nicht verletzt werden.

a) Insofern macht die Revision geltend, die Zustimmung könne auch unabhängig von finanziellen Gesichtspunkten den Interessen eines Ehegatten zuwider laufen. Die Beklagte, die ihrem Vorbringen im Berufungsverfahren zufolge Anfang Oktober 1999 Zwillinge geboren habe, deren Vater nicht der Kläger sei, lege Wert auf die Feststellung, dass Anfang des Jahres 1999 kein Versöhnungsversuch mehr stattgefunden habe. Sie sei auch dem Finanzamt gegenüber nicht bereit, dies der Wahrheit zuwider zu behaupten.

Damit ist eine Verletzung eigener Interessen der Beklagten indessen nicht dargetan.

Die Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung bedeutet nicht, dass die Beklagte dem Finanzamt gegenüber wahrheitswidrig Umstände anzugeben hätte, aus denen sich ein Bestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft im Jahre 1999 ergeben würde. Ein solches Verhalten, das in der Tat als Beteiligung an einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO) zu bewerten wäre

(vgl. Dörn, StB 1997, 197, 198; Genthe, a.a.O., S. 54), wird der Beklagten vom Kläger nicht angesonnen. Zu unterscheiden ist vielmehr zwischen der mit der Klage erstrebten Zustimmungserklärung einerseits und dem – allein bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Ehegattenveranlagung bestehenden – Wahlrecht zwischen getrennter Veranlagung und Zusammenveranlagung andererseits. Durch die Zustimmung wird ein etwa bestehendes Wahlrecht lediglich ausgeübt, also die Zusammenveranlagung mit dem Ehegatten beantragt. Dabei spricht zwar grundsätzlich eine widerlegbare Vermutung für nicht dauerndes Getrenntleben, wenn Ehegatten gemeinsam die Zusammenveranlagung begehren. Geben die Umstände – etwa verschiedene Anschriften oder die Weigerung, die Unterschrift des Ehegatten beizubringen – indessen Anlass zu Zweifeln, ist die Voraussetzung des nicht dauernden Getrenntlebens von Amts wegen zu prüfen. Maßgebend für die Beurteilung sind insofern in erster Linie die äußeren Umstände, wobei dem räumlichen Zusammenleben der Ehegatten besondere Bedeutung zukommt. Auf freiem Entschluss beruhendes räumliches Getrenntleben begründet die – widerlegbare – Vermutung, dass eine eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht. Dann obliegt es den Steuerpflichtigen, diese Vermutung durch den Nachweis zu widerlegen, dass trotzdem die Wirtschaftsgemeinschaft aufrecht erhalten worden ist (*Schmieszek*, a.a.O., Rn 32, 38; *Pflüger*, a.a.O., Rn 32, jeweils m.w.N.).

Ehegatten haben für den Fall der Zusammenveranlagung eine gemeinsame Steuererklärung abzugeben (§ 25 Abs. 3 S. 2 EStG). Um sie nicht zu zwingen, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse in dem für die Steuererklärung erforderlichen Umfang einander offenzulegen, gestattet ihnen die Finanzverwaltung auch, getrennte Steuerklärungen abzugeben, aber gleichwohl die Zusammenveranlagung zu wählen (*Tiedtke*, FPR 2003, 400, 402 f. m.w.N.). In beiden Fällen hat ein Ehegatte die Möglichkeit, seine – von derjenigen des anderen Ehegatten abweichende – Adresse anzugeben und bereits dadurch der für ein nicht dauerndes Getrenntleben sprechenden Vermutung entgegenzuwirken.

Die Beklagte kann mithin im Rahmen der Steuererklärung zum Ausdruck bringen, dass ein räumliches Zusammenleben nicht mehr gegeben war. Darüber hinaus ist ihr unbenommen, aus ihrer Sicht zu den für die Beurteilung eines nicht dauernden Getrenntlebens maßgebenden Umständen Stellung zu nehmen. Mit Rücksicht darauf ist eine Verletzung des von ihr geltend gemachten Interesses, kein Zusammenleben vorzugeben zu wollen, nicht zu befürchten.

b) Durch die Zusammenveranlagung eintretende finanzielle Nachteile sind für die Beklagte im Hinblick auf die Freistellungserklärung des Klägers nicht zu erwarten. Auch sonst ergibt eine Würdigung ihrer Belange nicht, dass die begehrte Erklärung sie in unzumutbarer Weise belastet.

Soweit die Beklagte durch eine Entscheidung im Festsetzungsverfahren betroffen ist, stehen ihr, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, alle vorgesehenen Rechts-

behelfe zur Verfügung. Auch durch die nach § 44 AO bestehende gesamtschuldnerische Haftung der Ehegatten für die gesamte Steuerschuld wird die Beklagte letztlich nicht benachteiligt. Sie ist insoweit nicht einmal auf einen internen Steuerausgleich angewiesen, sondern kann nach § 268 AO beantragen, dass die Vollstreckung wegen der Steuern, für die sie gesamtschuldnerisch haftet, auf den Betrag beschränkt wird, der sich nach den §§ 269 bis 278 AO bei einer Aufteilung der Steuerschuld ergibt. Nach § 270 AO ist die Steuer nach dem Verhältnis der Beträge auf die Ehegatten aufzuteilen, die sich bei getrennter Veranlagung ergeben. Für den entsprechenden Antrag braucht die Beklagte im Übrigen nicht den Beginn der Zwangsvollstreckung abzuwarten. Sie kann den Antrag auf Beschränkung der Haftung vielmehr stellen, sobald ihr das Leistungsgebot bekannt gemacht worden ist (§ 269 Abs. 2 AO), regelmäßig also nach Zugang des Steuerbescheides (vgl. Senatsurteil v. 12.6.2002, a.a.O., 1027; *Tiedtke*, a.a.O., 402).

Da für die Beklagte somit keine nachteiligen Auswirkungen durch eine Zusammenveranlagung zu erwarten sind, während die steuerliche Belastung für den Kläger hierdurch in erheblichem Umfang reduziert werden kann, ist sie zu Recht verurteilt worden, einer gemeinsamen steuerlichen Veranlagung für das Jahr 1999 zuzustimmen.

#### \_\_\_\_\_ Anmerkung

Mit seiner Entscheidung vom 3.11.2004 hat der XII. Senat des BGH – erfreulicherweise – einige grundsätzliche Aussagen zu eherechtlichen Fragen im Bereich der Einkommenbesteuerung gemacht. In den vergangenen Jahren hatte der XII. Senat es „kunstvoll“ vermieden, solche grundsätzlichen Aussagen zu treffen und die Problemstellung dadurch „umschiff“, dass er in den zu entscheidenden Einzelfällen sich in die Argumentationslinie flüchtete: „... im vorliegenden Fall kommt es darauf nicht an, weil ...“.

1. Die Begründungen dazu waren teilweise sehr fragwürdig, teilweise unhaltbar. Fragwürdig waren beispielsweise die Entscheidungen des BGH vom 20.3.2002<sup>1</sup> und vom 12.6.2002.<sup>2</sup>

a) In der Entscheidung vom 20.3.2002 hat der BGH eine klare Antwort zu der Frage, in welchem Anteilsverhältnis zusammen veranlagte Ehegatten die Steuerschuld aus der Zusammenveranlagung im Innenverhältnis aufzuteilen haben, dahin gestellt sein lassen. Er hat vielmehr darauf abgestellt, dass im konkreten Fall der Ehemann sich bei Entrichtung der Einkommensteuervorauszahlungen auf die gemeinsame Vorauszahlungsschuld einen Innenregress gegen die Ehefrau nicht vorbehalten habe. In der Entscheidung vom 12.6.2002 hat der BGH – ähnlich wie zuvor schon einmal das OLG Köln<sup>3</sup> – aus der Wahl der Lohnsteuerklassenkombination III/V der Ehe-

<sup>1</sup> NJW 2002, 1570 = FamRZ 2002, 739 mit Anm. *Wever*.

<sup>2</sup> BGH FamRZ 2002, 1024.

<sup>3</sup> FamRZ 1993, 806.

gatten während der intakten Ehe eine vertragliche Vereinbarung ableiten wollen, an die die Ehegatten auch im Veranlagungszeitraum der Trennung gebunden blieben.

Der BGH problematisiert in beiden Entscheidungen nicht einmal die Frage, ob nicht aus dem Gesichtspunkt der Änderung oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage die während der intakten Ehe – schon aus vernünftigen wirtschaftlichen Gründen – gewählten Gestaltungen revidiert werden können. Immerhin haben die Ehegatten bis zur Trennung die Vorteile aus der gewählten Gestaltung (Zusammenveranlagung bzw. Lohnsteuerklassenkombination III/V) gemeinsam verkonsumiert, während nunmehr nach der Trennung die Vorteile bestenfalls mittelbar über einen Unterhaltsanspruch des einen Ehegatten gegen den anderen beiden Ehepartnern zugute kommen können.

b) Schlicht unhaltbar erscheint demgegenüber schon nach der vorausgehenden Rechtsprechung des 2. Senats und des 12. Senats des BGH die Entscheidungsfindung des BGH im Ur. v. 25.06.2003<sup>4</sup>. In dieser Entscheidung hat der 12. Senat des BGH die Entscheidung der Frage, ob Ehegatten im Veranlagungszeitraum ihrer Trennung nach § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB einander zur Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer verpflichtet sind, dahingestellt sein lassen und unter Aufhebung des Berufungsurteils den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG Frankfurt zurückverwiesen, mit der Begründung, das OLG müsse prüfen, ob die auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung in Anspruch genommene Ehefrau nicht schon nach § 705 BGB dazu verpflichtet sei. Der BGH hielt es nämlich für möglich, dass die verschiedenen wirtschaftlichen Aktivitäten, die die Eheleute betrieben hatten, insgesamt unter dem Gesichtspunkt einer konkludent vereinbarten Ehegatten-Innengesellschaft zu bewerten seien, wobei dann die Zustimmung zur Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer als möglicher Gesellschafterbeitrag angesehen wurde.

*Wever* und *Spieker* haben in ihren Anmerkungen in der gebotenen Deutlichkeit die Haltlosigkeit dieser Überlegungen sowohl zivilrechtlich als auch steuerrechtlich dargestellt. Das Privileg der Zusammenveranlagung wird den Ehegatten unter der Voraussetzung der Verwirklichung der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft im betreffenden Veranlagungszeitraum gewährt. Die Verwirklichung der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft ist aber nach der Rechtsprechung des BGH gerade kein möglicher Gesellschaftszweck und damit die Zustimmung zur Zusammenveranlagung kein möglicher Gesellschafterbeitrag. Schon in seiner Entscheidung vom 25.6.2003 hätte der BGH auf der Grundlage des schon seit Jahrzehnten vorhandenen Instrumentariums, nämlich der Begründung gem. § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB, entscheiden können und müssen.

2. Erfreulicherweise hat sich der BGH mit dem Ur. v. 3.11.2004 wieder auf diese Anspruchsgrundlage besonnen. Er hat aus § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB zutreffend die Pflicht der Ehegatten abgeleitet, die finanziellen Lasten unter dem Gesichtspunkt des Gebotes gegenseitiger Rücksichtnahme ge-

ring zu halten und daraus auch die Verpflichtung zur Zusammenveranlagung abgeleitet.

a) Etwas störend ist es, wenn der BGH dabei wiederholt nicht den Gesetzeterminus „Zusammenveranlagung“ verwendet, sondern den eher umgangssprachlichen Terminus „gemeinsame steuerliche Veranlagung“. Er verkennt dabei, dass auch die getrennte Veranlagung von Ehegatten (§ 26a EStG) letztlich eine gemeinsame steuerliche Veranlagung insofern sein kann, als Ehegatten die getrennte Veranlagung auch über einen gemeinsam verwendeten Mantelbogen mit den entsprechenden Anlagen zur Einkommensteuererklärung durchführen können.

b) Der aus § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB abzuleitende Anspruch auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung soll nach Auffassung des BGH auch dann begründet sein, wenn die Ehegatten darüber streiten, ob die einkommensteuerrechtlichen Voraussetzungen (Vorhandensein einer ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft im Veranlagungszeitraum) erfüllt sind. Dies soll zumindest dann gelten, wenn nach dem Vorbringen des die Zustimmung verlangenden Ehegatten hinreichende Indizien für ein nicht dauerndes Getrenntleben in dem betreffenden Veranlagungszeitraum gegeben sind, sein Begehren also nicht evidentermaßen unbegründet ist. Die Streitigkeit darüber, ob die Voraussetzungen für eine Zusammenveranlagung gegeben sind, seien abschließend im Rahmen des Veranlagungsverfahrens von der Finanzverwaltung zu klären.

c) Dieser Auffassung des BGH ist zuzustimmen, weil sie den Bedürfnissen der Praxis am ehesten gerecht wird und vermeidet, dass das familiengerichtliche Verfahren mit einer langwierigen und schwierigen Prüfung der Voraussetzungen des Zusammenlebens der Ehegatten belastet wird. Sie vermeidet auch Wertungswidersprüche, denn sie entspricht insbesondere der obergerichtlichen Rechtsprechung zum Streit um das Vorliegen der Voraussetzungen des so genannten begrenzten Realsplittings nach §§ 10 Abs. 1 Nr. 1, 22 Nr. 1a EStG. Auch dort wird eine familienrechtliche Pflicht zur Zustimmung angenommen, wenn noch Streit um das Vorliegen der einkommensteuerlichen Voraussetzungen besteht.

So soll nach der Rechtsprechung zum begrenzten Realsplitting eine Zustimmungspflicht auch dann bestehen, wenn

- noch nicht sicher ist, ob die Leistungen überhaupt als Unterhaltsleistungen i. S. v. § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG anzuerkennen sind,<sup>5</sup>
- Streit über die Höhe der erbrachten Unterhaltsleistungen besteht,
- unsicher ist, ob der Verpflichtete Steuervorteile daraus haben wird,<sup>6</sup>
- der auf Zustimmung in Anspruch genommene Ehegatte gar keine Unterhaltsansprüche mehr für die Zukunft hat,

<sup>4</sup> NJW 2003, 2039 = FamRZ 2003, 1454 mit Anm. *Wever*, FamRZ 2003, 1457 und Anm. *Spieker*, FamRZ 2004, 174.

<sup>5</sup> BGH ZNotP 1998, 285; OLG Celle vom 10.9.1999 – 30 UF 53/99, unveröffentlicht; OLG Bremen FamRZ 2001, 1371.

<sup>6</sup> OLG Hamm FamRZ 1988, 1176.

- der Unterhaltsberechtigte noch im gleichen Jahr in neuer Ehe wiederverheiratet ist,<sup>7</sup>
- der Unterhaltsberechtigte Sozialhilfe bezieht und der Unterhalt an das Sozialamt gezahlt wird,<sup>8</sup>
- noch nicht sicher ist, ob überhaupt – vor oder nach Durchführung des Realsplittings – ein Unterhaltsanspruch besteht.<sup>9</sup>

d) Würden alle diese Vorfragen schon im Zusammenhang mit dem Streit um die Zustimmungspflicht im Zivilprozess zu entscheiden sein, würde der Rechtsstreit – auch in zeitlicher Hinsicht – ausufern. Umgekehrt ist bei der Annahme einer Verpflichtung zur Zustimmung auch in solchen Fallgestaltungen einkommensteuerlich kein Nachteil zu befürchten, weil dann, wenn die Finanzverwaltung im Rahmen ihrer Prüfung zu anders lautenden Ergebnissen kommt, auch keine entsprechenden Steuerfolgen gezogen werden.

Diesen Aspekt hebt der BGH in der Entscheidung vom 3.11.2004 auch hervor. Er unterscheidet insoweit zutreffend zwischen Sachverhaltsangaben gegenüber der Finanzverwaltung, die selbstverständlich wahrheitsgemäß sein müssen, und rechtlichen Schlussfolgerungen, die die Finanzverwaltung aus dem wahrheitsgemäß vorgetragenen Sachverhalt zu ziehen hat.

e) In einem Detail erscheinen die Ausführungen des BGH allerdings unzutreffend, zumindest missverständlich. Der BGH führt unter Ziffer III a der Entscheidungsgründe aus, dass eine Zusammenveranlagung trotz räumlichen Getrenntlebens möglich sei, wenn zwar die eheliche **Lebensgemeinschaft** nicht mehr bestehe, aber eine **Wirtschaftsgemeinschaft** noch aufrecht erhalten worden sei.

Voraussetzung für die Zusammenveranlagung ist jedoch, dass die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft gegeben ist, beide Merkmale also kumulativ vorliegen. Unter der Lebensgemeinschaft verstehen der BFH und die Finanzverwaltung die räumliche, persönliche und geistige Gemeinschaft der Ehegatten, unter der Wirtschaftsgemeinschaft die gemeinsame Erledigung der die Ehegatten gemeinsam berührenden wirtschaftlichen Fragen ihres Zusammenlebens.<sup>10</sup> So wird beispielsweise für den so genannten Versöhnungsversuch vom BFH vorausgesetzt, dass die mit der Trennung verbundene Aufhebung der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft revidiert wird und die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft mit dem nachvollziehbaren und belegbaren Willen der Beteiligten endgültig, vorbehaltlos und auf Dauer wieder hergestellt werden soll.<sup>11</sup>

3. Als wichtige Voraussetzung für den Anspruch auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung formuliert der BGH erneut die Zusage des die Zustimmung verlangenden Ehegatten, dem anderen die Nachteile aus der Zusammenveranlagung auszugleichen. Die Frage, wie genau der Nachteilsausgleich zu ermitteln ist, bleibt jedoch ein weiteres Mal offen.<sup>12</sup>

a) Der 12. Senat verweist insoweit auf die bisherige BGH-Rechtsprechung.<sup>13</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 1978 zur Frage einer Nachlassbewertung hatte der BGH ausgeführt, dass zwar im Außenverhältnis zur Finanzverwaltung die be-

stehende Gesamtschuld der zusammen veranlagten Ehegatten zu berücksichtigen sei, jedoch im Innenverhältnis ein entsprechender interner Ausgleichs- bzw. Freistellungsanspruch des einen Ehegatten gegen den anderen Ehegatten zu saldieren sei. Im Verhältnis der Ehegatten untereinander habe jeder von Ihnen für die Steuer, die auf seine Einkünfte entfällt, selbst aufzukommen.<sup>14</sup> Wie genau im Innenverhältnis der Aufteilungsmaßstab der Ehegatten, die Gesamtschuldner gegenüber der Finanzverwaltung sind, nach § 426 BGB zu erfolgen habe, hat der BGH dabei aber bis zum heutigen Tage offen gelassen.

b) Die Formulierung, jeder Ehegatte habe für die Steuer, die auf seine Einkünfte entfalle, selbst aufzukommen, könnte insoweit nahe legen, dass eine fiktive getrennte Veranlagung der Ausgleichsmaßstab sei. Damit lässt sich das Problem aber letztlich nicht lösen, weil dann der vorhandene Splittingvorteil aus der Zusammenveranlagung unberücksichtigt bleibt, der ebenfalls im Innenverhältnis nach § 426 BGB eine Aufteilung erfahren muss.

c) Vor diesem Hintergrund erscheint auch die Formulierung „Nachteilsausgleich“ verfehlt, da es letztlich nicht um den Ausgleich einer Benachteiligung durch Zusammenveranlagung geht, sondern um einen Aufteilungsmaßstab zwischen Gesamtschuldnern nach § 426 BGB unter Berücksichtigung des Vorteils aus der Zusammenveranlagung. Es geht also um einen Innenausgleich, nicht um einen Nachteilsausgleich.

Insbesondere in dem Verfahren XII ZR 161/01, das zu der vorstehend kritisierten Entscheidung vom 25.6.2003<sup>15</sup> geführt hat, hätte der BGH Gelegenheit gehabt, diese „Lücke zu schließen“. Er hätte dort weiterhin die Gelegenheit gehabt, auch die noch nicht abschließend geklärte Frage zu beantworten, ob ein Ehegatte, der ausgleichs- bzw. abzugsfähige Einkünfte in die Zusammenveranlagung einbringen kann, diese „entschädigungslos“ in die Zusammenveranlagung einzubringen hat.

In dem dortigen Verfahren hatte der Ehemann, der hohe positive Einkünfte hatte, die Ehefrau, die hohe negative Einkünfte in dem betreffenden Veranlagungszeitraum hatte, zur Zusammenveranlagung aufgefordert, um seine positiven Einkünfte mit den negativen Einkünften der Ehefrau auszuglei-

<sup>7</sup> OLG Nürnberg FamRZ 1987, 1050.

<sup>8</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 960.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1987, 1049; einschränkend OLG Koblenz, FamRZ 2000, 888.

<sup>10</sup> Vgl. BFH, BStBl. 1973 II, S. 640; BFH, BStBl. 1967 III, S. 84; Abschnitt 174 Abs. 1 EStR 2003; siehe auch *Butz-Seidel*, FuR 1996, 112; *Arens*, FamRB 2004, 124.

<sup>11</sup> BFH, BStBl. 1967 III, S. 84 und S. 110.

<sup>12</sup> Zu den verschiedenen Theorien siehe *Sonnenschein*, NJW 1980, 261; *Liebelt*, FamRZ 1993, 628; *Arens*, NJW 1996, 704; *Kindermann*, ZFE 2002, 10; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten, 3. Aufl., S. 274 ff.

<sup>13</sup> BGH FamRZ 1977, 38, 40; BGH FamRZ 1988, 143, 144; BGH FamRZ 2002, 1024, 1025 mit Anmerkung *Bergschneider*, FamRZ 2002, 1181; BGH FamRZ 2003, 1454.

<sup>14</sup> BGHZ 73, 29 = NJW 1979, 546.

<sup>15</sup> FamRZ 2003, 1454.

chen. Die Ehefrau hatte für sich das Recht reklamiert, diese negativen Einkünfte in spätere Veranlagungszeiträume vorzutragen, um sie im Wege des Verlustabzugs durch Verlustvortrag später mit einem künftigen Ehepartner in neuer Veranlagungsgemeinschaft ausgleichen zu können.

Hilfreich gewesen wäre es, wenn der BGH dort einen einfachen Grundsatz formuliert hätte, der nach meiner Auffassung nur lauten kann: „Wenn die negativen Einkünfte des einen Ehepartners während des Bestehens der ehelichen Ehe- und Wirtschaftsgemeinschaft entstanden sind, sind sie auch ‚entschädigungslos‘ durch die Zusammenveranlagung mit diesem Ehepartner in die Veranlagungsgemeinschaft einzubringen und dort auszugleichen.“ Es hat nämlich nicht eine „Entschädigung“ zu erfolgen, sondern der Innenausgleich nach § 426 BGB. Aus § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB folgt aber die Pflicht der Ehegatten, die finanziellen Lasten unter dem Gesichtspunkt des Gebotes gegenseitiger Rücksichtnahme gering zu halten und somit die Verpflichtung zur Zusammenveranlagung.

*Wolfgang Arens*, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bielefeld

## Beratung und Beistandschaft durch das Jugendamt

— § 18 SGB VIII; §§ 1712, 1713 BGB

### Das Jugendamt darf außergerichtlich nur beratend nach § 18 SGB VIII tätig werden oder aufgrund einer wirksam begründeten Beistandschaft (§§ 1712, 1713 BGB)

OLG Naumburg, 8. ZS – 2. FamG – Beschl. v. 29.1.2003 – 8 WF 17/03

Mitgeteilt vom Veröffentlichungsverein des *OLG Naumburg*

**Anm. d. Red.:** Vom Abdruck der Gründe wird abgesehen.

#### — Anmerkung

Der Kläger beehrte vom Beklagten Auskunft über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse zum Zwecke der Berechnung des gesetzlichen Kindesunterhalts. Der Beklagte wandte ein, er habe schon dem Jugendamt Auskunft erteilt. Das FamG verweigerte daraufhin dem Kläger Prozesskostenhilfe. In der kurzen Beschwerdeentscheidung stellt das OLG zutreffend fest, dass der Beklagte dem Kläger gegenüber zur Auskunft verpflichtet ist, und geht auch kurz auf die Abgrenzungsprobleme im Rahmen der unterhaltsrechtlichen Beratung nach § 18 SGB VIII und der Beistandschaft nach §§ 1712 ff. BGB ein. Der Unterhaltspflichtige hatte in der Vergangenheit dem für den Wohnort des Kindes zuständigen Jugendamt Einkommensunterlagen übersandt. Dies erfolgte aber vermutlich im Hinblick auf die vom Jugendamt als

Träger der Unterhaltsvorschusskasse geleisteten Zahlungen, weswegen der Behörde infolge des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 7 UnterhVorschG (UVG) ein eigenes Auskunftsrecht nach § 6 UVG zustand, das nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts, also hoheitlich, betrieben wurde. Darüber hinausgehende, im Zivilrechtswege geltend zu machende Auskunftsansprüche standen dem Jugendamt aber nicht zu, da für das Kind weder eine wirksame Beistandschaft begründet war noch die Voraussetzungen des § 18 SGB VIII (Beratung und Unterstützung bei der Ausübung der Personensorge) vorlagen.

Die Entscheidung gibt Anlass, die Tätigkeit des Jugendamtes im Rahmen der Beratung und Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen zu beleuchten.

Auch sechs Jahre nach Inkrafttreten des Beistandschaftsgesetzes und der in §§ 1712 ff. BGB geregelten Vorschriften zur Beistandschaft besteht vielfach noch bei den Jugendämtern Unsicherheit über ihre vom Gesetzgeber zugewiesene Aufgabe, das Kind gem. § 1712 BGB bei der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft und Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen zu vertreten.

Nach § 72 SGB VIII sollen bei den Jugendämtern hauptberuflich nur Personen beschäftigt werden, die sich für die jeweilige Aufgabe nach ihrer Persönlichkeit eignen und eine für diese Aufgabe entsprechende Ausbildung erhalten haben (Fachkräfte) oder aufgrund besonderer Erfahrungen in der sozialen Arbeit in der Lage sind, die Aufgabe zu erfüllen. Die Fortbildung ist sicherzustellen. So sieht es § 72 SGB VIII vor. In der Praxis fehlt – abgesehen von der häufig nicht ausreichenden Aus-, Vor- und Fortbildung des einzelnen Sachbearbeiters auf dem Gebiet des Familienrechts – den Beamten bzw. sonstigen Mitarbeitern des Jugendamtes oft auch das Bewusstsein, dass die einzelnen Abteilungen des Jugendamtes sehr unterschiedliche Aufgabenstellungen und, damit verbunden, auch unterschiedliche Befugnisse haben. Ein Beispiel: Mitarbeiter, die beratend nach § 18 SGB VIII tätig sind, handeln genauso wie im Bereich der in den §§ 1712 ff. BGB geregelten Beistandschaften allein nach privatrechtlichen Bestimmungen und sind nicht befugt, sich Regelungen aus dem Umfeld von Sozialhilfe- oder Unterhaltsvorschuss, also aus dem öffentlichen Recht, nutzbar zu machen. Dies missachtet auch der Gesetzgeber, wenn er – konkret am Beispiel Sachsen-Anhalt – im Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG LSA i. d. F. v. 17.12.2003, GVBl. 352) die Vollstreckung privatrechtlicher Geldforderungen diesem Gesetz unterwirft. Nach § 61 Abs. 1 S. 1 tritt an die Stelle des Leistungsbescheides die – privatrechtliche – Zahlungsaufforderung, jedoch ist die Vollstreckung sofort einzustellen, wenn der Schuldner gegen die Forderung schriftlich oder zur Niederschrift Einwendungen erhebt (§ 61 Abs. 2 S. 1 VwVG LSA). Ergänzend werden in der VO über die Vollstreckung privatrechtlicher Geldforderungen (PrivVollstrVO v. 27.9.1995, GVBl. 257) die nach §§ 90, 91 BSHG übergebenen Forderungen (§ 1 Abs. 1 Nr. 7) und die übergebenen Forderungen nach § 7 UVG (§ 1 Abs. 3) dieser öffentlich-recht-