

## Rechtsprechung

### Veräußerung des gemeinsamen Familienheims nach Trennung oder Scheidung

— §§ 1578 Abs. 1, 1577 Abs. 1 BGB

a) Zur Berücksichtigung von (steuerrechtlichen) Verlusten aus Grundbesitz bei der Bemessung des nachehelichen Ehegattenunterhalts.

b) Erwirbt ein Ehegatte den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten an dem ehemals gemeinsamen Familienheim, so kann die Berücksichtigung eines Wohnanteils bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts nicht mit der Begründung außer Betracht bleiben, die Ehegatten seien so zu behandeln, als hätten sie das Haus an einen Dritten veräußert und den Erlös geteilt.

BGH, Urt. v. 1.12.2004 – XII ZR 75/02 (OLG Celle)

**Tatbestand:** Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt. Sie haben am 25.9.1970 geheiratet. Aus der Ehe ist ein inzwischen volljähriger Sohn hervorgegangen. Die Parteien leben seit dem 5.4.1999 voneinander getrennt.

Der 1946 geborene Antragsteller betreibt eine Versicherungsagentur, in der die 1948 geborene Antragsgegnerin bis zur Trennung ebenfalls tätig war. In der folgenden Zeit war sie als Angestellte in Arztpraxen bzw. einer Praxis für Krankengymnastik beschäftigt und erzielte zunächst Einkünfte im sozialversicherungsfreien Bereich. Von Juli 1999 bis Juli 2000 verdiente sie in der Praxis für Krankengymnastik monatlich 1.333,60 DM netto. Nachdem ihr wegen Arbeitsmangels gekündigt worden war, war sie von August 2000 bis 18.9.2000 arbeitslos. Seit dem 19.9.2000 erzielte sie in verschiedenen Krankengymnastikpraxen Einkünfte von 265 DM bzw. 315 DM monatlich. Seit dem 1.12.2001 beläuft sich ihr monatliches Nettoeinkommen auf 554 DM (gerundet).

Während der Ehe bewohnten die Parteien ein in ihrem Miteigentum stehendes Haus. Die ideelle Hälfte der Antragsgegnerin hat der Antragsteller unter Übernahme der bestehenden Verbindlichkeiten gegen Zahlung von 130.000 DM erworben. Er bewohnt das Haus weiterhin. Die Antragsgegnerin hat von dem Veräußerungserlös 90.000 DM in einem Rentenfonds angelegt, weitere 25.000 DM hat sie auf ein Sparkonto eingezahlt.

Der Antragsteller verfügte neben den Einkünften aus seinem Gewerbebetrieb über – teilweise auch negative – Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und aus Land- und Forstwirtschaft, jeweils Grundbesitz, den seine Mutter ihm durch notariellen Vertrag vom 25.11.1994 übertragen hatte. Er hat im Gegenzug die Verpflichtung übernommen, an seine Mutter eine monatliche Leibrente von 600 DM zu zahlen, die ab 1998 auf monatlich 800 DM erhöht worden ist.

Die Antragsgegnerin hat im Rahmen des Scheidungsverbands für die Zeit ab Rechtskraft der Scheidung nachehelichen Unterhalt von insgesamt 3.786,89 DM monatlich geltend gemacht, davon 2.881,41 DM als Elementarunterhalt und 905,48 DM als Altersvorsorgeunterhalt.

Das AG – Familiengericht – hat die Ehe der Parteien geschieden (insoweit rechtskräftig seit dem 5.2.2002), angeordnet, dass ein Versorgungsausgleich (zu Gunsten des Antragstellers) nicht statfinde und der Antragsgegnerin ab Rechtskraft der Scheidung Elementarunterhalt von 1.859,36 DM und Altersvorsorgeunterhalt von 513,28 DM, jeweils monatlich, zuerkannt. Die weitergehende Unterhaltsklage hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Antragsgegnerin, mit der sie ihr Unterhaltsbegehren in Höhe von insgesamt 3.767,52 DM monatlich, davon 2.845,47 DM als Elementarunterhalt und 922,05 DM als Altersvorsorgeunterhalt, weiterverfolgt hat, hat das OLG ihr – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels – Elementarunterhalt von (insgesamt) 1.155 EUR monatlich (= 2.258,98 DM) und Altersvorsorgeunterhalt von (insgesamt) 335 EUR monatlich (= 655,20 DM) zuerkannt. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgt die Antragsgegnerin ihr zweitinstanzliches Unterhaltsbegehren weiter.

**Entscheidungsgründe:** Das Rechtsmittel ist begründet. Es führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und insoweit zur Zurückverweisung an das OLG. Gegen den im Verhandlungstermin nicht erschienenen Antragsteller ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Dieses beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern berücksichtigt den gesamten Sach- und Streitstand (vgl. BGHZ 37, 79, 81 ff.).

1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, der Antragsgegnerin stehe ein Unterhaltsanspruch nach § 1573 BGB zu. Es hat deren tatsächlich erzielttes Einkommen von monatlich 554 DM zu Grunde gelegt und die Zurechnung weitergehender fiktiver Einkünfte mit der Begründung abgelehnt, angesichts der Ausbildung, der langen Pause im Beruf und des Alters der Antragsgegnerin könne unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass sie höhere Einkünfte, insbesondere aus einer vollschichtigen Tätigkeit, erzielen könne. Mit Rücksicht auf die ehelichen Lebensverhältnisse sei sie nicht verpflichtet, jedwede Arbeit auszuüben, etwa eine Putzstelle anzunehmen. Gegen diese – ihr günstige – Beurteilung erhebt die Revision keine Einwendungen. Dagegen bestehen auch aus Rechtsgründen keine Bedenken. Dem Grunde nach ist mithin von einem Unterhaltsanspruch aus § 1573 Abs. 1 und 2 BGB auszugehen.

2. Den nach Maßgabe der ehelichen Lebensverhältnisse (§ 1578 BGB) geschuldeten Unterhalt hat das Berufungs-

gericht allein auf der Grundlage der beiderseits erzielten Erwerbseinkünfte ermittelt.

a) Zu den zu berücksichtigenden Einkommensverhältnissen des Antragstellers hat es ausgeführt: Abzustellen sei auf die in den Jahren 1998 bis 2000 aus dem Gewerbebetrieb erzielten Gewinne. Die Einkünfte bzw. negativen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und Land- und Forstwirtschaft hätten außer Ansatz zu bleiben, denn diese beruhten im Wesentlichen darauf, dass der Antragsteller auf die übernommenen Werte Abschreibungen vornehmen könne, die unterhaltsrechtlich nicht zu berücksichtigen seien. Da ihnen ein tatsächlicher Wertverlust in dieser Höhe nicht gegenüberstehe bzw. weil der Antragsteller durch die erfolgten Tilgungsleistungen Vermögen bilde, könne er diese Positionen der Antragsgegnerin gegenüber nicht einkommensmindernd geltend machen. Wenn aber die (niedrigere) tatsächlich gezahlte Steuer darauf beruhe, dass Verluste aus anderen Einkunftsarten steuerlich anerkannt würden, diese jedoch bei der Unterhaltsberechnung nicht zu berücksichtigen seien, so seien unterhaltsrechtlich fiktiv diejenigen Steuern von den Gewinnen aus Gewerbebetrieb in Abzug zu bringen, die hierauf ohne die Verluste zu zahlen gewesen wären. Da auch die Leibrentenzahlungen im Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und Land- und Forstwirtschaft stünden, minderten auch diese Ausgaben das anrechenbare Einkommen des Antragstellers nicht.

b) Diese Beurteilung greift die Revision an. Sie macht geltend, die Antragsgegnerin habe vorgetragen, die Verluste des Antragstellers beruhten nur auf steuerlich relevanten Abschreibungen, denen ein tatsächlicher Geldabfluss bzw. Wertverlust nicht gegenüberstehe. Davon sei mangels anderweitiger Feststellungen für das Revisionsverfahren auszugehen. Da im Hinblick darauf keine tatsächlichen Aufwendungen außer Betracht geblieben seien, bestehe auch kein Anlass, an Stelle der abgeführten Steuern eine – ohne Einbeziehung der Verluste ermittelte – fiktive (höhere) Steuerlast in Abzug zu bringen.

Diese Rüge bleibt ohne Erfolg.

c) Im Ausgangspunkt zutreffend geht die Revision allerdings davon aus, dass eine fiktive Steuerlast nur dann in Ansatz zu bringen ist, wenn steuermindernde tatsächliche Aufwendungen vorliegen, die unterhaltsrechtlich nicht zu berücksichtigen sind. Diese Voraussetzungen sind indessen nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegnerin erfüllt. Sie hat, wie das Berufungsgericht in dem von der Revision in Bezug genommenen streitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, nicht nur geltend gemacht, die negativen Einkünfte beruhten allein auf steuerlich erheblichen Abschreibungen, sie hat vielmehr auch vorgetragen, die Tilgungsleistungen des Antragstellers seien nicht zu berücksichtigen, weil er andernfalls zu ihren Lasten Vermögen bilden könne. Daraus wird ersichtlich, dass selbst nach Auffassung der Antragsgegnerin tatsächliche Aufwendungen erfolgt sind, die zu den Verlusten beigetragen haben. Denn Tilgungsleistungen bedingen regelmäßig, dass für in Anspruch genom-

mene Fremdmittel Zinsen zu entrichten sind, die auch steuerlich als Kostenposition zu veranschlagen sind. Dieser Auffassung der Antragsgegnerin entspricht im Übrigen, dass sie selbst nicht darauf abgehoben hat, unterhaltsrechtlich seien – an Stelle der Verluste – positive Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und Land- und Forstwirtschaft anzusetzen. Dem liegt ersichtlich die Annahme zu Grunde, dass sich – selbst wenn unterhaltsrechtlich Abzugspositionen außer Betracht zu bleiben hätten – noch keine positiven Einkünfte errechnen.

Für die Frage, in welcher Höhe unterhaltsrechtlich Abzugsposten zu berücksichtigen sind, kommt es u.a. darauf an, ob etwa in Anspruch genommene steuerliche Absetzungs- und Abschreibungsmöglichkeiten auch unterhaltsrechtlich einkommensmindernd anzuerkennen sind. Nach der Rspr. des Senats berühren Abschreibungen für die Abnutzung von Gebäuden das unterhaltsrechtlich maßgebende Einkommen nicht, weil ihnen lediglich ein Verschleiß von Gegenständen des Vermögens zu Grunde liegt und die zulässigen steuerlichen Pauschalen vielfach über das tatsächliche Ausmaß der Wertminderung hinausgehen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sie durch eine günstige Entwicklung des Immobilienmarktes ausgeglichen werden können. Instandsetzungskosten können unterhaltsrechtlich nur insoweit einkommensmindernd berücksichtigt werden, als es sich um notwendigen Erhaltungsaufwand handelt und nicht um solchen für Ausbauten und wertsteigernde Verbesserungen, die der Vermögensbildung dienen (Senatsurt. v. 26.10.1983 – IVb ZR 13/82 – FamRZ 1984, 39, 41; v. 23.10.1985 – IVb ZR 52/84 – FamRZ 1986, 48, 49 und v. 20.11.1996 – XII ZR 70/95 – FamRZ 1997, 281, 283). Inwieweit insbesondere an dieser Beurteilung der Abschreibung bei Gebäuden festzuhalten ist (vgl. zu für erforderlich gehaltene Einschränkungen etwa *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl. Kap. IV Rn 756 und zur Behandlung der AfA bei kurzlebigen Wirtschaftsgütern Senatsurt. v. 19.2.2003 – XII ZR 19/01 – FamRZ 2003, 741, 743 mit kritischer Anm. *Gerken* und im Wesentlichen zustimmender Anm. von *Weyhardt*, FamRZ 2003, 1001), bedarf im vorliegenden Fall indessen keiner Entscheidung.

Die Beurteilung, ob und gegebenenfalls inwieweit etwa die steuerlich zu Grunde gelegten Abschreibungen auch unterhaltsrechtlich anzuerkennen sind, hat nur Bedeutung dafür, ob die Verluste mehr oder weniger hoch anzusetzen sind. Letzteres vermag aber nichts an dem Umstand zu ändern, dass die Verluste auch auf tatsächlichen Aufwendungen, nämlich jedenfalls auf Zinsleistungen für bestehende Darlehensverbindlichkeiten, beruhen, die in die einheitliche Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung bzw. Land- und Forstwirtschaft einfließen und nicht von den Abschreibungen isoliert betrachtet werden können. Denn ohne den mit tatsächlichen Aufwendungen verbundenen Grundbesitz gäbe es auch die Möglichkeit von Abschreibungen nicht.

Auf die Zinszahlungen kann der Antragsteller sich der Antragsgegnerin gegenüber indessen nicht berufen. Denn der

Unterhaltsverpflichtete ist nicht berechtigt, auf Kosten des Unterhaltsberechtigten Vermögen zu bilden; diesem Zweck dient aber die Darlehenstilgung, und damit mittelbar auch die für die Darlehensgewährung erforderliche Zinszahlung. Da andererseits dem Unterhaltspflichtigen aber die Vermögensbildung nicht verwehrt sein kann, solange die Belange des Unterhaltsberechtigten nicht berührt werden, kann Letzterer nur verlangen, so gestellt zu werden, als ob die vermögensbildenden Aufwendungen nicht stattfänden.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass zwar zum einen die erzielten Verluste nicht einkommensmindernd berücksichtigt werden können, dass aber zum anderen auch die dadurch erzielte Steuerersparnis außer Betracht zu bleiben hat, weil sie ohne die Übernahme des Grundbesitzes nicht eingetreten wäre. Bei einer solchen Fallgestaltung ist – in Abweichung von dem Grundsatz, dass zur Feststellung des unterhaltsrelevanten Einkommens die tatsächlich entrichtete Steuer in Abzug zu bringen ist – eine fiktive Steuerberechnung vorzunehmen, nämlich zu ermitteln, in welcher Höhe Steuern auf das nicht durch die Verluste reduzierte übrige Einkommen des Unterhaltspflichtigen zu entrichten wären (vgl. Senatsurt. v. 1.10.1986 – IVb ZR 68/85 – FamRZ 1987, 36, 37 zur Berücksichtigung von Steuerersparnissen durch die Beteiligung an einem Bauherrenmodell und vom 2.6.2004 – XII ZR 217/01 – FamRZ 2004, 1177, 1179 zur Berücksichtigung von Steuerersparnissen durch später aufgelöste Ansparabschreibungen). Hierfür ist die Höhe der Verluste ohne Bedeutung; diese beeinflusst allein die tatsächliche Steuerschuld.

d) Danach hat das Berufungsgericht zu Recht eine fiktive Steuerberechnung durchgeführt. Es hat zu diesem Zweck die in den Jahren 1998 bis 2000 aus dem Gewerbebetrieb jeweils erzielten Gewinne um die – auch im Verhältnis zu der Antragsgegnerin abzusetzenden – Sonderausgaben bereinigt und sodann die auf das verbleibende Einkommen zu entrichtenden Steuern ermittelt. Diese hat es – neben dem Solidaritätszuschlag und den Vorsorgeaufwendungen des Antragstellers – von den Gewinnen abgezogen und abschließend das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen mit 6.450 DM errechnet. Hiergegen sind aus Rechtsgründen keine Einwendungen zu erheben. Auch die Revision erinnert dagegen nichts.

3. a) Die Vorteile, die sich aus dem Wohnwert des vom Antragsteller übernommenen, ehemals gemeinsamen Hauses der Parteien ergeben sowie die aus dem Erlös für den von der Antragsgegnerin veräußerten Hälfteanteil erzielbaren Erträge hat das Berufungsgericht bei der Unterhaltsbemessung außer Betracht gelassen. Dazu hat es ausgeführt: Die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien seien zwar durch mietfreies Wohnen geprägt gewesen. Dieser Vorteil sei auch bei der Berechnung des nachehelichen Unterhalts grundsätzlich zu berücksichtigen; auch die Erträge aus einem etwaigen Veräußerungserlös gehörten zu den prägenden Einkünften. Wenn Ehegatten ein in ihrem hälftigen Miteigentum stehendes Haus an einen Dritten verkaufen und den Erlös teilen würden, so nivellierten sich die jeweiligen Vorteile aber mit der Folge, dass sie unterhaltsrecht-

lich außer Betracht bleiben könnten. Etwas anderes könne auch in dem Fall nicht gelten, in dem einer der Ehegatten gegen „Auszahlung“ den Anteil des anderen übernehme. Im vorliegenden Fall bestehe kein Hinweis darauf, dass der gezahlte Betrag von 130.000 DM unter Übernahme sämtlicher Verbindlichkeiten nicht dem Verkehrswert der Miteigentumshälfte entsprochen habe. Damit habe auch die Antragsgegnerin den in dem Hausgrundstück verkörperten anteiligen Wert erhalten, sodass sich die jeweils erhaltenen Vorteile ausglich und deshalb unberücksichtigt bleiben könnten.

Diese Beurteilung hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

b) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien waren dadurch geprägt, dass sie gemeinsam Eigentümer eines Hauses waren, in dem sie mietfrei wohnten. Der eheangemessene Bedarf erhöhte sich deshalb durch die gezogenen Nutzungsvorteile (st. Rspr. des Senats, vgl. etwa Senatsurt. v. 22.10.1997 – XII ZR 12/96 – FamRZ 1998, 87, 88). Diese Nutzungsvorteile entfallen, wenn das gemeinsam genutzte Haus im Zusammenhang mit der Scheidung veräußert wird. An ihre Stelle treten allerdings die Vorteile, die die Ehegatten in Form von Zinseinkünften aus dem Erlös ihrer Miteigentumsanteile ziehen oder ziehen könnten (Senatsurt. v. 3.5.2001 – XII ZR 62/99 – FamRZ 2001, 1140, 1143 und v. 31.10.2001 – XII ZR 292/99 – FamRZ 2002, 88, 92). Das gilt auch dann, wenn das gemeinsame Haus nicht an einen Dritten veräußert wird, sondern wenn ein Ehegatte seinen Miteigentumsanteil auf den anderen überträgt. In diesem Fall tritt für den veräußernden Ehegatten der Erlös als Surrogat an die Stelle der Nutzungsvorteile seines Miteigentumsanteils. Für den übernehmenden Ehegatten verbleibt es grundsätzlich bei einem Wohnvorteil, und zwar nunmehr in Höhe des vollen Wertes, gemindert um die schon bestehenden Kosten und Lasten sowie um die Zinsbelastungen, die durch den Erwerb der anderen Hälfte anfallen.

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts dürfen die beiderseitigen Vorteile unterhaltsrechtlich nicht außer Betracht bleiben und die Ehegatten so behandelt werden, als hätten sie das Haus an einen Dritten verkauft, den Erlös geteilt und dadurch für beide gleiche – sich deshalb nivellierende – Verhältnisse geschaffen. Der Auffassung des Berufungsgerichts liegt ersichtlich die Erwägung zu Grunde, dass auf Seiten des veräußernden Ehegatten häufig Kapitalerträge aus dem erhaltenen Erlös zu berücksichtigen sind, die den dem erwerbenden Ehegatten zuzurechnenden Wohnvorteil übersteigen, die Höhe des Unterhalts mithin etwa davon abhängen kann, welchem Ehegatten es gelingt, das ehemals gemeinsame Haus zu übernehmen. Mit Rücksicht darauf wird auch in der Rspr. anderer OLGs und im Schrifttum die Ansicht vertreten, der Veräußernde dürfe nicht schlechter gestellt werden, als wenn das Familienheim an einen Dritten verkauft worden wäre (vgl. OLG Hamm NJW-RR 2003, 510; OLG Karlsruhe NJW 2004, 859, 860; *Gerhardt*, FamRZ 2003, 414, 415; ähnlich *Büttner*, FF 2002, 31).

Diese Erwägungen vermögen es indessen nicht zu rechtfertigen, demjenigen Ehegatten, der den Miteigentumsanteil des anderen erwirbt, grundsätzlich fiktive Zinseinkünfte aus einem erzielbaren Veräußerungserlös zuzurechnen, obwohl er das Familienheim übernommen hat und bewohnt. Vielmehr ist auf Seiten des Antragstellers der volle Wohnvorteil in die Unterhaltsberechnung einzustellen. Hiervon sind die Hauslasten in Abzug zu bringen, insbesondere die Zins- und Tilgungsleistungen auf die bereits vor der Veräußerung des Miteigentumsanteils bestehenden Kreditverbindlichkeiten, durch die bereits die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt worden sind. Zahlungen, die für den Erwerb des Miteigentumsanteils der Antragsgegnerin zu erbringen sind, mindern den Wohnvorteil dagegen nur hinsichtlich des Zinsaufwands. Um Tilgungsleistungen, die der Rückführung eines entsprechenden – nicht die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden – Darlehens dienen, ist der Wohnvorteil dagegen nicht zu kürzen, weil anderenfalls dem Antragsteller zu Lasten der Antragsgegnerin eine Vermögensbildung gestattet würde (vgl. Senatsurt. v. 5.4.2000 a.a.O., 951 f.). Diese Vorgehensweise hat nicht zur Folge, dass der die ehelichen Lebensverhältnisse prägende Nutzungsvorteil des Hauses mit einem insgesamt zu hohen Wert angesetzt wird. Denn der Wohnvorteil mindert sich nunmehr durch die zusätzlichen Zinsverbindlichkeiten für den Betrag, den die Antragsgegnerin erhalten hat.

Nach der Rspr. des Senats kann zwar auch bei derartigen Fallgestaltungen eine Obliegenheit zur Vermögensumschichtung und dabei im Einzelfall auch zur Veräußerung des Hauses bestehen, etwa wenn anderenfalls keine wirtschaftlich angemessene Nutzung des nach dem neuen Lebenszuschnitt des Erwerbenden zu großen und seine wirtschaftlichen Verhältnisse übersteigenden Hauses zu verwirklichen ist (Senatsurt. v. 5.4.2000 – XII ZR 96/98 – FamRZ 2000, 950, 951 m.w.N.). Davon kann aber nicht bereits dann ausgegangen werden, wenn der zuzurechnende Wohnvorteil nicht den Ertrag erreicht, den der veräußernde Ehegatte aus dem erhaltenen Erlös erzielt bzw. erzielen könnte. Vielmehr muss sich die tatsächliche Anlage des Vermögens – unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls – als eindeutig unwirtschaftlich darstellen, bevor der erwerbende Ehegatte auf eine andere Anlageform und daraus erzielbare Erträge verwiesen werden kann (vgl. für den Unterhaltsberechtigten: Senatsurt. v. 3. 5.2001 a.a.O., 1143 m.w.N.).

Feststellungen, die eine solche Beurteilung zuließen, hat das Berufungsgericht indessen nicht getroffen. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin ist der Wohnwert des – über eine Wohnfläche von etwa 200 m<sup>2</sup> verfügenden – Hauses mit monatlich 2.000 DM und nach Abzug der unterhaltsrechtlich zu berücksichtigenden Belastungen mit mindestens 1.000 DM monatlich zu bemessen. Entsprechende Aufwendungen stünden auch zu den Einkünften des Antragstellers nicht von vornherein außer Verhältnis. Im Hinblick darauf besteht aber kein Anlass, für die Unterhaltsbemessung von anderen als den tatsächlich bei dem Antragsteller vorliegenden Verhältnissen

auszugehen. Dann kann der – vom Berufungsgericht nicht festgestellte – Wohnwert des Hauses nicht unbeachtet bleiben. d) Das Berufungsurteil kann aus einem weiteren Grund mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Auf Seiten der Antragsgegnerin ist der Erlös aus der Veräußerung ihres Miteigentumsanteils als Surrogat an die Stelle des früheren Nutzungsvorteils getreten. Welcher Ertrag ihr hieraus zuzurechnen ist, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht festgestellt.

Die Antragsgegnerin hat den Erlös in Höhe von 90.000 DM unstreitig in einem Rentenfonds angelegt. Sie hat hierzu, wie die Revision zu Recht geltend macht, vorgetragen, für sie ergäben sich, bezogen auf Juli 2001, Rentenanwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung von monatlich 887,40 DM, weshalb sie – anders als der über Vermögen verfügende Antragsteller – verstärkt für ihr Alter vorsorgen müsse. Mit Rücksicht auf die Versorgungslage der Antragsgegnerin hat das AG den Versorgungsausgleich, der zu Gunsten des Antragstellers durchzuführen gewesen wäre, nach § 1587c Ziff. 1 BGB ausgeschlossen. Zur Begründung hat es u.a. ausgeführt, auch unter Hinzurechnung der Anrechte, die die Antragsgegnerin aus dem Rentenfonds erwerben werde, besitze sie, gemessen an den ehelichen Lebensverhältnissen, nur eine unzureichende Altersversorgung.

Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe trotz dieses Vorbringens weitere (fiktive) Kapitalerträge zu berücksichtigen sind, hängt davon ab, ob die Antragsgegnerin nach § 1577 Abs. 1 BGB die Obliegenheit trifft, durch eine verzinsliche Anlage des Kapitals höhere laufende Einnahmen zu erwirtschaften. Dies setzt eine Zumutbarkeitsprüfung voraus und ist, wie bereits ausgeführt wurde, nur dann zu bejahen, wenn die tatsächliche Anlage des Vermögens sich als eindeutig unwirtschaftlich erweist.

4. Der Senat ist nicht in der Lage, selbst abschließend zu entscheiden. Die Sache muss vielmehr an das OLG zurückverwiesen werden, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholt.

#### — Anmerkung

Der BGH hat sich erstmals nach der Änderung seiner Rechtsprechung<sup>1</sup> zur unterhaltsrechtlichen Berücksichtigung der Folgen der Veräußerung des gemeinsamen Familienheimes nach Trennung oder Scheidung mit einem Sachverhalt befasst, bei dem die Veräußerung des Familienheimes nicht an einen Dritten, sondern unter den Ehegatten erfolgt ist, indem der eine Ehegatte den Miteigentumsanteil des anderen erworben hat.<sup>2</sup> Es war zu erwarten, dass er dabei der Argumentation des Berufungsgerichts, welches entsprechend einer vielfach geübten Praxis sowohl den Wohnwert auf Seiten des übernehmenden Ehegatten als auch die erzielten oder erzielbaren

<sup>1</sup> BGH FamRZ 2002, 88; vgl. hierzu *Finke*, FF 2002, 114 mit Beispielen für die Auswirkung dieser Änderung auf die Wohnwertproblematik von der Trennung bis nach der Scheidung.

<sup>2</sup> Zur bisherigen Rspr. vgl. OLG Koblenz FF 2005, 193 mit Anm. *Finke*.

Einkünfte aus dem Veräußerungserlös auf Seiten des veräußernden Ehegatten außer Betracht gelassen hat,<sup>3</sup> nicht folgen würde. Grundsätzlich ist im Unterhaltsrecht nur auf die tatsächlich erzielten Einkünfte abzustellen, die in dem hier entschiedenen Fall der Veräußerung des Miteigentumsanteils an den anderen Ehegatten in aller Regel hinsichtlich des Wohnwertes auf der einen Seite und der aus dem Veräußerungserlös erzielten Rendite auf der anderen Seite nicht identisch sind und sich daher keineswegs in der Unterhaltsberechnung nivellieren. Eine fiktive Berechnung auf der Grundlage von Einkünften, die bei einer Veräußerung der Immobilie an einen Dritten bzw. bei anderer Anlage des Veräußerungserlöses hätten erzielt werden können, setzt wie jede Zurechnung fiktiver Einkünfte eine Verletzung einer unterhaltsrechtlichen Obliegenheit voraus.<sup>4</sup> Die Folge einer solchen dogmatisch orientierten Lösung ist, dass das tatsächliche „Schicksal“ des Wohnwertes sowie der Einkünfte aus dem Veräußerungserlös fortwährend beobachtet und bewertet werden muss danach, wie sich eingetretene Veränderungen auf den Unterhaltsanspruch auswirken und ob nicht inzwischen die erzielte Rendite so unwirtschaftlich geworden ist, dass von dem einen oder dem anderen oder von beiden Ehegatten eine anderweitige Nutzung oder Verwertung bzw. anderweitige Anlage des Vermögens erwartet werden kann, d.h. eine entsprechende unterhaltsrechtliche Obliegenheit besteht. Solche nur schwer praktikable Lösungen können die Eheleute vermeiden, wenn sie hinsichtlich der Berücksichtigung der Konsequenzen aus der Veräußerung des Miteigentums im Rahmen des Unterhalts eine Vereinbarung treffen, z.B. die Einkünfte auf beiden Seiten unberücksichtigt zu lassen. Dies lässt sich den Beteiligten in der Regel leicht vermitteln, da das Ergebnis als gerecht empfunden wird. Der veräußernde Ehegatte kann von einer solchen Regelung die Übertragung des Miteigentumsanteils abhängig machen.

Problematisch erscheint die Lösung des BGH indes insoweit, als er nach Aufgabe der Begrenzung der unterhaltsrechtlich berücksichtigungsfähigen Einkünfte aus dem Veräußerungserlös durch den früher während des ehelichen Zusammenlebens vorhandenen Wohnwert (Nutzungsvorteil abzüglich Belastungen aus Zinsen, Tilgung und verbrauchsunabhängigen Kosten) nunmehr neben diesem Wohnwert zusätzlich die aus dem Veräußerungserlös des anderen Ehegatten erzielten Einkünfte als eheprägendes Einkommen berücksichtigt sehen will mit der Begründung, es handele sich um ein Surrogat des Wohnwertes. Dem möglichen Argument, damit werde ein insgesamt zu hoher Wert in Ansatz gebracht, hält der BGH entgegen, dass auf Seiten des übernehmenden Ehegatten die Zinsaufwendungen zur Finanzierung des Erwerbs des Miteigentumsanteils (die Tilgung soll wegen der damit verbundenen Vermögensbildung nicht berücksichtigt werden) den Wohnwert minderten. Dagegen ist einzuwenden, dass der so verstandene Surrogatsbegriff dazu führt, dass dann, wenn der Erwerb des Miteigentumsanteils nicht oder nur teilweise mit einem Kredit finanziert wird (durch die Verwendung von

Vermögen), zu dem vollen Wohnwert das von dem veräußernden Ehegatten aus dem Erlös erzielte oder zu erzielende Einkommen hinzutritt und somit zu einer Vermehrung des Bedarfs führt, die mit den ehelichen Lebensverhältnissen nichts zu tun hat. Dies folgt daraus, dass der BGH mit dem Surrogatsgedanken Umstände berücksichtigt, die ausschließlich trennungsbedingt sind und demzufolge nach früher allgemein geltender Auffassung auf die Höhe des Bedarfs keinen Einfluss haben konnten. Unbillig erscheint auch, dass auf der Grundlage des Ansatzes des BGH bei einem hohen Finanzierungsbedarf für den Erwerb des Miteigentumsanteils insgesamt nur ein niedriger oder gar kein Wohnwert des erwerbenden Ehegatten verbleibt, so dass ganz oder weitgehend bedarfsprägend nur auf die Einkünfte des anderen Ehegatten aus dem Erlös abgestellt wird, die seinen Bedarf nur zur Hälfte erhöhen, hierauf jedoch voll anzurechnen sind. Ob in dieses unbillige Ergebnis mit der Prüfung einer Obliegenheit des übernehmenden Ehegatten zu einer anderen Nutzung und gegebenenfalls auch Verwertung der Immobilie korrigiert werden kann, ist im Einzelfall keineswegs sicher und bedarf eingehender Prüfung, da nicht die bestmögliche Vermögensnutzung geschuldet wird, sondern im Rahmen des einzuräumenden Gestaltungsspielraums bei der Anlage oder Nutzung des Vermögens nur deren eindeutige Unwirtschaftlichkeit die Obliegenheit zur anderweitigen Nutzung bzw. zur Vermögensumschichtung begründen kann.<sup>5</sup>

Letztlich ist vom BGH der die unmittelbare Anknüpfung an die ehelichen Lebensverhältnisse bis zur Rechtskraft der Scheidung durchbrechende Surrogatsgedanke insoweit nicht konsequent durchgehalten worden, als die Aufwendungen des Ehegatten für den Erwerb der Miteigentumshälfte nur mit dem Zinsanteil und nicht mit dem Tilgungsanteil berücksichtigt worden sind. Das hierzu herangezogene Argument, der Unterhaltspflichtige dürfe nicht zu Lasten des Berechtigten Vermögen bilden, überzeugt bereits deshalb nicht, weil bei den sonstigen Lasten, die bereits vor der Trennung bestanden, auch der Tilgungsanteil trotz der damit verbundenen Vermögensbildung berücksichtigt wird. Dass letztere Aufwendungen bereits die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt haben, ist zwar zutreffend, rechtfertigt jedoch nicht die unterschiedliche Behandlung. Löst man sich mit dem Surrogatsgedanken von den Verhältnissen in der Ehe und berücksichtigt auch Verhältnisse und Umstände als eheprägend, die trennungsbedingt eingetreten und an die Stelle des früheren Wohnwertes einschließlich der hiermit verbundenen Belastungen getreten sind, so ist es nur konsequent, die vollständigen mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils verbunde-

<sup>3</sup> Für eine solche pragmatische Lösung: OLG Hamm NJW-RR 2003, 510; OLG Karlsruhe NJW 2004, 859; *Gerhardt*, FamRZ 2003, 510; *Büttner*, FF 2002, 31; *Finke*, FF 2002, 114 sowie FF 2005, 193.

<sup>4</sup> Zur dogmatischen Grundlage der Zurechnung fiktiver Einkünfte vgl. *Graba*, FamRZ 2001, 1257.

<sup>5</sup> BGH FamRZ 1998, 87; dies gilt für die Zukunft, während für die Vergangenheit mit den Voraussetzungen des § 1579 Nr. 3 BGB noch höhere Anforderungen an die unterhaltsrechtliche Berücksichtigung der unzureichenden Nutzung des Vermögens gestellt werden.

nen Lasten zu berücksichtigen, da der Erwerber nur hierdurch und nicht allein durch die Zahlung von Zinsen in die Lage versetzt wird, den Wohnvorteil zu erhalten. Die mit der Erzielung von Einkünften verbundene Vermögensbildung ist hinzunehmen, wenn diese Vermögensbildung Voraussetzung dafür ist, dass überhaupt Einkünfte erzielt werden. Der vom BGH mehrfach angeführte Grundsatz, dass der Unterhaltspflichtige nicht zu Lasten des Berechtigten Vermögensbildung betreiben dürfe,<sup>6</sup> rechtfertigt eine Nichtberücksichtigung von Tilgungsleistungen nur dann, wenn Einkünfte erzielt werden, die die Belastungen insgesamt nicht übersteigen. Soweit dagegen die Belastungen übersteigende Einkünfte erzielt werden, muss die mit der Berücksichtigung der Tilgungsleistungen verbundene Minderung der Einkünfte als notwendige Konsequenz hingenommen werden, da andernfalls überhaupt keine Einkünfte erzielt würden.<sup>7</sup> Folgt man dieser Auffassung nicht, so bedarf es einer Rechtfertigung für die Berücksichtigung der Zinsen zur Finanzierung des Erwerbs des Miteigentumsanteils, da auch diese letztlich der Vermögensbildung dienen<sup>8</sup> und nicht die Verhältnisse in der Ehe geprägt haben, sondern allein durch den Surrogatsgedanken in die Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse einbezogen werden.

Insgesamt überzeugt die Begründung des BGH nicht. Noch weniger bietet die Entscheidung für die vielfältigen Sachverhalte<sup>9</sup> der Wohnwertproblematik nach Veräußerung des Eigenheimes (an einen Dritten oder den Ehegatten) eine praxistaugliche Lösung. Wichtige Fragen sind in dem vom BGH entschiedenen Fall nach Aufhebung und Zurückverweisung noch offen: Ist die konkrete Nutzung des Hauses durch den darin verbliebenen Mann unwirtschaftlich, und zwar nicht nur in der Zukunft, sondern war dies eventuell bereits in der Vergangenheit der Fall? Ist die von der Frau gewählte Verwendung und Anlage des Verkaufserlöses hinzunehmen oder bestand und besteht eine Obliegenheit zu einer anderweitigen Verwendung? Ist eine Verwendung eines Teils des Geldes etwa zur Deckung von trennungsbedingtem Bedarf zu berücksichtigen, auch wenn ein solcher Bedarf beim Unterhalt nicht anerkannt worden wäre und ohne den Veräußerungserlös aus ihrem Einkommen hätte gedeckt werden müssen? Um die Probleme und Unsicherheiten bei der Beantwortung dieser und ähnlicher Fragen, die sich bei jeder späterer Unterhaltsberechnung erneut und in der Regel in veränderter Form stellen, zu vermeiden, sollte von anwaltlicher Seite darauf geachtet werden, dass, wie eingangs bereits angeregt, eine Vereinbarung über die unterhaltsrechtliche Berücksichtigung von Wohnwert bzw. Einkünften aus dem Veräußerungserlös erfolgt, wobei es in aller Regel angemessen sein dürfte, diese Positionen auf beiden Seiten nicht zu berücksichtigen. Dies gilt auch für den Fall der Veräußerung der Immobilie an einen Dritten.

*Fritz Finke*, Richter am OLG, Hamm

<sup>6</sup> Dieser Grundsatz wird auch im Zusammenhang mit der ebenfalls in dem Urteil behandelten Problematik der Berücksichtigung von Zinszahlungen bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung angeführt. Obwohl diese Belastung letztlich aus anderen Gründen unterhaltsrechtlich nicht berücksichtigt worden ist, war dieses Argument dort schon deshalb nicht stichhaltig, weil diese Aufwendungen bereits jahrelang während der Ehe erfolgt waren und somit die ehelichen Lebensverhältnisse in der Weise geprägt hatten, dass diese Mittel nicht für den Lebensunterhalt zu verfügen standen, ohne ihn dabei in unangemessener Weise zu beschränken.

<sup>7</sup> Dies ist in BGH FamRZ 1984, 358; 1995, 869 für den Fall von Tilgungsaufwendungen für die Ehwohnung ausdrücklich anerkannt worden.

<sup>8</sup> So der BGH, vgl. Fn 6.

<sup>9</sup> Diese reichen von einem hohen Nettowohnwert und einem relativ geringen Verkaufserlös bzw. einer geringen Rendite hieraus auf der einen Seite und einem niedrigen Nettowohnwert und einer relativ hohen Rendite aus dem Verkaufserlös auf der anderen Seite.

## Obliegenheit zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz

— § 1603 Abs. 2 BGB; § 323 Abs. 2 ZPO; §§ 286 ff., 304 ff. InsO

**Den Unterhaltsschuldner trifft grundsätzlich eine Obliegenheit zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz, wenn dieses Verfahren zulässig und geeignet ist, den laufenden Unterhalt seiner minderjährigen Kinder dadurch sicherzustellen, dass ihm Vorrang vor sonstigen Verbindlichkeiten eingeräumt wird. Das gilt nur dann nicht, wenn der Unterhaltsschuldner Umstände vorträgt und ggf. beweist, die eine solche Obliegenheit im Einzelfall als unzumutbar darstellen.**

BGH, Ur. v. 23.2.2005 – XII ZR 114/03 (OLG Stuttgart)

**Tatbestand:** Die Parteien streiten um Abänderung der Unterhaltspflicht des Beklagten für seinen minderjährigen Sohn. Der am 23.5.1990 geborene Kläger und sein am 3.1.1987 geborener Bruder sind Kinder des Beklagten aus seiner geschiedenen Ehe. Nach der Ehescheidung verkauften die Eltern des Klägers ihr im Miteigentum stehendes Hausgrundstück. Weil der Kaufpreis nicht ausreichte, um das zur Finanzierung aufgenommene Darlehen vollständig zu tilgen, übernahm jeder geschiedene Ehegatte die Hälfte des restlichen Darlehens von rund 50.000 DM. Der Beklagte zahlt auf seinen Anteil monatliche Raten in Höhe von 375 DM und wird das Darlehen voraussichtlich gegen Ende 2006 getilgt haben. Mit rechtskräftigem Urteil des AG Bad Saulgau vom 8.8.2001 wurde der Beklagte verurteilt, ab Juli 2001 monatlichen Kindesunterhalt an den Kläger in Höhe von 244,20 DM und an dessen Bruder in Höhe von 288,80 DM zu zahlen. Dabei ging das AG von einem bereinigten Einkommen des allein barunterhaltspflichtigen Beklagten in Höhe von 2.548 DM aus und setzte davon die Kreditraten in Höhe von 375 DM sowie einen notwendigen Selbstbehalt in Höhe von 1.640 DM ab. Wegen der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Beklagten