

Krenzler - Borth
(Hrsg.)

**Anwalts
Handbuch
Familien
recht**

2. Auflage

ols
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

II. Problemfelder

1. Einsatz von Vermögen des Unterhaltsberechtigten (Rn. 1554 ff.) 1510
2. Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, insbesondere Höhe des Selbstbehalts, Umfang anzuerkennender Abzugspositionen, Einsatz von Vermögen, Bezifferung vorrangiger Unterhaltsverpflichtungen bzw. des geschuldeten Familienunterhalts (Rn. 1528 ff.)
3. Latente Unterhaltslast (Rn. 1574 ff.)
4. Ermittlung der Haftungsanteile bei mehreren Unterhaltsschuldnern (Rn. 1589 ff.)

III. Die Unterhaltspflicht gegenüber Eltern

Die Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern beruht ebenso wie die Unterhaltspflicht von Eltern gegenüber ihren Kindern auf **§ 1601 BGB**, wonach Verwandte in gerader Linie verpflichtet sind, einander Unterhalt zu gewähren. Die Rechtsprechung zum Elternunterhalt hat sich durch den Zuständigkeitswechsel in die Familiengerichtsbarkeit relativ schnell konsolidiert. 1511

Zudem haben der BGH¹ und das BVerfG² hinsichtlich einiger stark umstrittener Fragen Klarheit geschaffen³. 1512

1 BGH v. 26.2.1992 – XII ZR 93/91, FamRZ 1992, 795; BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239; BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179, FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282; BGH v. 7.5.2003 – XII ZR 229/00, FamRZ 2003, 1836 = FamRB 2004, 39; BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144; BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212; BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317; BGH v. 21.4.2006 – XII ZR 251/01, FamRZ 2004, 1097; BGH v. 19.5.2004 – XII ZR 304/02, FamRZ 2004, 1559 = FamRB 2004, 385; BGH v. 7.7.2004 – XII ZR 272/02, FamRZ 2004, 1370 = FamRB 2004, 347; BGH v. 23.11.2005 – XII ZR 155/03, FamRZ 2006, 935 = FamRB 2006, 200; BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 = FamRB 2010, 295; BGH v. 15.9.2010 – XII ZR 1438/09 – BGH v. 15.9.2010 – XII ZR 148/09, FamRZ 2010, 1888 = FamRB 2010, 360.

2 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051.

3 Übersichten über die neuere Rspr. des BGH zum Elternunterhalt: *Ebel*, FuR 2006, 104; *Boecken/Klattenhoff*, JZ 2006, 285; *Herr*, FamRZ 2005, 1021; *Mleczko*, ZFE 2006, 44; ZFE 2005, 260; *Born*, MDR 2005, 194; *Brudermüller*, NJW 2004, 633; *Scholz*, FamRZ 2004, 1829; *Born*, FamRB 2004, 192; 226; *Büttner*, FamRZ 2004, 1918; übersichtlich: *Eschenbruch/Klinkhammer*, 6.A. 2.1 ff.; *Hauß*, FamRB 2003, 337.

1. Bedarf

- 1513 Der Unterhaltsbedarf von Eltern richtet sich gem. § 1610 BGB nach ihrer **Lebensstellung**. Maßgeblich sind also nicht wie beim Kindesunterhalt die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsverpflichteten, sondern die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Unterhaltsberechtigten, dh. der Eltern¹. Mindestens ist aber für Eltern der Betrag anzusetzen, der dem notwendigen Eigenbedarf (Existenzminimum) eines unterhaltsberechtigten Ehegatten entspricht, wobei die Kosten für Kranken- und Pflegeversicherung zusätzlich zu berücksichtigen sind².
- 1514 Krankheitsbedingter Mehrbedarf erhöht den Bedarf des Elternteils. Dies spielt insbesondere bei der **Heimunterbringung** eine Rolle. Die Notwendigkeit der Heimunterbringung hat der Unterhaltsberechtigte darzulegen³, der zudem verpflichtet ist, die Kosten der Unterbringung möglichst gering zu halten. Dem Berechtigten obliegt es, die Belastung des Verpflichteten so gering wie möglich zu halten⁴. Wie bei jeder Obliegenheit ist eine Zumutbarkeitsabwägung zu treffen. Eine regionale Verbundenheit des Berechtigten, die Aufrechterhaltung räumlicher Nähe zu Verwandten, Freunden und Bekannten können dazu führen, nicht stets das kostengünstigste Heim wählen zu müssen, wenn dadurch die soziale Kontaktpflege erschwert oder gar verhindert wird. Dies kann bei totaler Demenz, die keine Interaktionsfähigkeit mehr zulässt, oder einem koma-tösen Zustand anders zu beurteilen sein⁵.
- 1515 In der Praxis machen fast ausnahmslos die **Sozialhilfeträger** und nicht die Eltern Unterhaltsansprüche gegen Kinder geltend, und zwar aus übergegangenem Recht (vgl. § 94 SGB XII, früher § 91 BSHG). Der Unterhaltsbedarf beschränkt sich in diesen Fällen auf den Umfang der gewährten Sozialhilfe, dh. idR auf die **ungedeckten Heimkosten** einschließlich eines Taschengeldes sowie etwaiger Zusatzkosten, beispielsweise für Medikamente⁶. Ein sozialrechtlich gewährter Barbetrag nach § 35 Abs. 2 S. 1 SGB XII oder Zusatzbarbetrag nach § 133a SGB XII ist unterhaltsrechtlich

1 BGH v. 23.11.2005 – XII ZR 155/03, FamRZ 2006, 935 = FamRB 2006, 200; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239; *Günther*, FF 1999, 172 ff.

2 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239; OLG Koblenz v. 2.10.2001 – 11 UF 748/00, FamRZ 2002, 1212.

3 OLG Brandenburg v. 9.12.2008 – 9 UF 116/08, FamRZ 2010, 991.

4 OLG Düsseldorf v. 27.10.2010 – II-8 UF 38/10, FamRZ 2011, 982 = FamRB 2011, 103.

5 Vgl. OLG Karlsruhe v. 28.7.2010 – 16 UF 65/10, FamRZ 2010, 2082; OLG Schleswig v. 19.1.2009 – 15 UF 187/07, FamRZ 2009, 1751.

6 AG Hamburg v. 19.9.1990 – 17 C 1947/89, FamRZ 1991, 1086; LG Hagen v. 16.5.1989 – 11 S 21/89, FamRZ 1989, 1330; aA AG Hagen v. 14.12.1987 – 13 C 547/87, FamRZ 1988, 755 f. (Sonderbedarf).

ebenfalls als Bedarf anzuerkennen¹. Verfügt allerdings der unterhaltsberechtigter Elternteil über anrechnungsfreie Mittel, die den Barbetrag übersteigen, kann dieser nicht vom pflichtigen Kind verlangt werden².

Ein Anspruch der Eltern gegen ihre Kinder auf **Verfahrenskostenvorschuss** besteht nicht³. 1516

2. Bedürftigkeit

Auch Eltern können nur dann Unterhalt von ihren Kindern verlangen, wenn sie **bedürftig**, dh. nicht in der Lage sind, ihren Unterhaltsbedarf durch eigene Einkünfte oder den Einsatz eigenen Vermögens zu decken. 1517

Solange die Eltern das Rentenalter noch nicht erreicht haben, sind sie grundsätzlich verpflichtet, erwerbstätig zu sein. Es besteht eine verschärfte **Erwerbsobliegenheit** mit einem ähnlichen Maßstab wie bei der Unterhaltungspflicht gegenüber minderjährigen Kindern, dh. es müssen auch berufsfremde und unterhalb der eigentlichen Qualifikation liegende Tätigkeiten angenommen werden⁴. Berufsbedingte Aufwendungen sind nur dann in Abzug zu bringen, wenn sie tatsächlich entstanden sind⁵. 1518

Rentenleistungen, Pensionen, Versorgungsbezüge und Leistungen aus der **Pflegeversicherung** sind in vollem Umfang auf den Bedarf anzurechnen. Weiter mindern die Bedürftigkeit der Eltern: **Pflegewohngeld, Schmerzensgeldrente, Altersruhegeld**⁶ und **Blindengeld**. 1519

Wohngeld ist insoweit anzurechnen, als es keine erhöhten Wohnkosten ausgleicht⁷. Erhöht sind Wohnkosten, wenn die Miete über den in den Leitlinien der Oberlandesgerichte für Wohnkosten vorgesehenen Beträgen liegt⁸. Gewährt das unterhaltspflichtige Kind seinen Eltern Naturalunterhalt, beispielsweise in Form **mietfreier Wohnraumgewährung**, mindert dies den Bedarf⁹. Leben die Eltern mietfrei in einer ihnen gehörenden Eigentumswohnung, ist ihnen ein **Wohnvorteil** zuzurechnen, der sich nach der objektiv erzielbaren Marktmiete bestimmt. 1520

Kein anrechenbares Einkommen stellt **Sozialhilfe** dar. Daraus folgt aber nicht zwangsläufig, dass Eltern bedürftig sind, wenn sie Sozialhilfe erhalten. So ist beispielsweise die Bedürftigkeit trotz Sozialhilfebezugs zu ver- 1521

1 BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 = FamRB 2010, 295.

2 OLG Düsseldorf v. 27.10.2010 – II-8 UF 38/10, FamRZ 2011, 982 = FamRB 2011, 103.

3 OLG München v. 23.10.1992 – 26 WF 605/91, FamRZ 1993, 821.

4 OLG Oldenburg v. 21.2.2006 – 12 UF 130/05, FamRZ 2006, 1292.

5 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

6 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

7 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

8 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

9 VG Frankfurt a.M. v. 8.3.2002 – 7 G 413/02 (3), FamRZ 2002, 1750.

neinen, wenn Eltern ihrer Erwerbsobliegenheit nicht nachkommen¹ oder die Verpflichtung, vorrangige Sozialleistungen zu beantragen, verletzen².

➔ **Praxistipp:**

Wird einem Elternteil nur deswegen Sozialhilfe gewährt, weil der Sozialhilfeträger das Einkommen des Elternteils wegen der mit seinem Ehegatten bestehenden Bedarfsgemeinschaft nur teilweise anrechnen kann, ist immer zu prüfen, ob das Einkommen des Elternteils ohne Abzug für den Ehegatten ausreicht, um den eigenen Unterhaltsbedarf des Elternteils zu decken. Ist dies der Fall ist, besteht kein Anspruch auf Elternunterhalt³.

- 1522 Im Unterschied zur Sozialhilfe sind **Leistungen der Grundsicherung** (§§ 41 bis 46 SGB XII) einschließlich der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge auf den Bedarf anzurechnen. Sind Eltern bezugsberechtigt, sind sie verpflichtet, Leistungen der Grundsicherung anstelle von Sozialhilfe zu beantragen. Entscheiden sie sich dennoch für Sozialhilfe, sind ihnen die Grundsicherungsbeträge fiktiv zuzurechnen⁴.
- 1523 **Vermögenserträge** sind – ggf. vermindert um darauf zu entrichtende Steuern – voll anzurechnen.
- 1524 Der **Vermögensstamm** ist grundsätzlich zu verwerten⁵, es sei denn, die Verwertung wäre ausnahmsweise unzumutbar⁶, beispielsweise wegen Unmöglichkeit oder Unwirtschaftlichkeit⁷. Wird in Kenntnis der zukünftigen Unterhaltsbedürftigkeit Vermögen verschleudert, kommt auch eine fiktive Anrechnung von Vermögenswerten in Betracht⁸. Ein Elternteil ist ferner nicht bedürftig, wenn er Teilhaber einer ungeteilten Erbengemeinschaft ist. Zumindest muss der Anspruch auf Auseinandersetzung als Kreditunterlage genutzt werden⁹. Ebenso ist Immobilieneigentum grundsätzlich zu verwerten, es sei denn, es wird von den Eltern, einem Elternteil

1 OLG Oldenburg v. 21.2.2006 – 12 UF 130/05, FamRZ 2006, 1292.

2 OLG Oldenburg v. 21.2.2006 – 12 UF 130/05, FamRZ 2006, 1292.

3 BGH v. 7.7.2004 – XII ZR 272/02, FamRZ 2004, 1370 = FamRB 2004, 347: Eventuelle eigene Unterhaltspflichten des Berechtigten können seinen Unterhaltsbedarf nicht erhöhen, weil der Anspruch auf Elternunterhalt nicht den Zweck hat, dem berechtigten Elternteil die Möglichkeit zu bieten, seinerseits aus den Unterhaltsleistungen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Soweit dem sozialhilferechtliche Vorschriften entgegenstehen, ist dies wegen der völlig anderen Zwecksetzung dieser Vorschriften ohne Belang.

4 OLG Hamm v. 30.1.2004 – 11 WF 207/03, FamRZ 2004, 1807 = FamRB 2004, 178.

5 BGH v. 23.11.2005 – XII ZR 155/03, FamRZ 2006, 935 = FamRB 2006, 200; BGH v. 5.11.1997 – XII ZR 20/96, FamRZ 1998, 367.

6 BGH v. 5.11.1997 – XII ZR 20/96, FamRZ 1998, 367 (für vollj. Kind).

7 BGH v. 23.11.2005 – XII ZR 155/03, FamRZ 2006, 935 = FamRB 2006, 200.

8 OLG Frankfurt v. 7.4.1987 – 3 UF 291/85, FamRZ 1987, 1179 (für vollj. Kind).

9 BGH v. 23.11.2005 – XII ZR 155/03, FamRZ 2006, 935 = FamRB 2006, 200.

oder dessen Ehegatten bewohnt¹. Dies kann jedoch nicht unbeschränkt gelten. Der Ehegatte eines pflege- und daher sozialhilfebedürftigen Elternteils ist vorrangig vor den Kindern unterhaltspflichtig. Ihm obliegt es ggf., auch eine selbst bewohnte Immobilie zu veräußern, um seiner Unterhaltspflicht zu genügen. Der Ehegatte eines unterhaltsbedürftigen Elternteils kann sich gegen die Unterhaltsverpflichtung nicht auf eine Lebensstandardsgarantie oder ein höheres Schonvermögen berufen².

Betagten Eltern ist ein sog. **Notgroschen** zu belassen, der mindestens mit dem sozialhilferechtlichen Schonbetrag anzusetzen ist (§ 90 SGB XII, DVO zu § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII [früher § 88 BSHG])³ und damit derzeit 2600 Euro beträgt. 1525

Haben Eltern **Ansprüche gegenüber Dritten**, müssen sie diese vorrangig geltend machen. Andernfalls ist die Bedürftigkeit zu verneinen. Das gilt insbesondere für die Rückforderung von **Schenkungen** nach §§ 528, 530 BGB⁴. Der Sozialhilfeträger kann gem. § 93 SGB XII (früher: § 90 BSHG) den Rückforderungsanspruch durch schriftliche Anzeige gegenüber dem Beschenkten auf sich überleiten⁵. Auch diese Möglichkeit findet jedoch ihre Grenze in Zumutbarkeitserwägungen. Müsste der pflege- und unterhaltsbedürftige Elternteil gegen das eigene Kind eine Schenkung revozieren, kann das unzumutbar sein, wenn die Revokation die Verbindung zu diesem Kind nachhaltig zerstören würde⁶. Die Revokationsfrist von 10 Jahren beginnt nicht etwa mit Stellung des Sozialhilfeantrags, sondern nach § 529 Abs. 1 BGB mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Bedürftigkeit. 1526

➔ **Wichtig:**

Auch Schenkungen von Eltern an ihre Kinder können nach § 528 BGB zurückverlangt werden, wenn die Eltern nach der Vollziehung der Schenkung unterhaltsbedürftig werden⁷. Die Angemessenheit des Unterhalts der Eltern bestimmt sich in diesen Fällen danach, was

1 *Brudermüller*, NJW 2004, 633 (635).

2 Zweifelnd Koch/*Wellenhofer*, Rn. 5019.

3 BGH v. 23.11.2005 – XII ZR 155/03, FamRZ 2006, 935 = FamRB 2006, 200; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107.

4 OLG Schleswig v. 19.1.2009 – 15 UF 187/07, FamRZ 2009, 1751.

5 BGH v. 16.9.1993 – V ZR 246/92, FamRZ 1994, 103; BGH v. 9.11.1994 – IV ZR 66/94, FamRZ 1995, 160; BGH v. 14.6.1995 – IV ZR 212/94, FamRZ 95, 1123; BVerwG v. 25.6.1992 – 5 C 37/88, FamRZ 1993, 184; OLG Zweibrücken v. 13.7.2000 – 6 UF 1/00, FamRZ 2001, 660.

6 OVG Münster v. 14.10.2008 – 16 A 1409/07, FamRZ 2009, 84 = FamRB 2008, 373 für das Pflegegeld NRW.

7 BGH v. 5.11.2002 – X ZR 140/01, FamRZ 2003, 224 = FamRB 2003, 156; BGH v. 28.10.1997 – X ZR 157/96, FamRZ 1998, 155; BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 184/94, FamRZ 1996, 483; BGH v. 7.6.1991 – V ZR 214/89, FamRZ 1991, 1288; OLG Naumburg v. 22.5.1996 – 8 U 105/95, FamRZ 1997, 293; OLG Hamm v. 26.11.1992 – 22 U 347/91, FamRZ 1993, 1436.

nach der Schenkung als objektiv angemessener Lebensstil anzusehen ist¹.

- 1527 Zu prüfen ist in diesen Fällen aber immer, ob der Rückforderungsanspruch nicht nach §§ 529, 534 BGB ausgeschlossen ist, weil
- der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat,
 - seit der Schenkung und bis zum Eintritt der Bedürftigkeit zehn Jahre verstrichen sind²,
 - die Herausgabe nicht ohne Gefährdung des eigenen Unterhalts oder anderer Unterhaltspflichten möglich ist³,
 - die Schenkung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen hat.

➔ Praxistipp:

Zwischen Eltern und Kindern besteht die Möglichkeit, Vermögen rückforderungsfest zu übertragen, wenn die Übertragung gegen Entgelt erfolgt. So ist die Revokation nicht möglich, wenn ein Wohnrecht oder eine Pflegeverpflichtung mit einer Immobilienübertragung übernommen wird oder wenn eine Vermögensübertragung als belohnendes Entgelt für bereits erbrachte Pflege oder Versorgungsleistungen erfolgt. Dabei ist stets genau zu prüfen, ob der gesamte Vermögensgegenstand unentgeltlich übertragen wurde, oder aber – wie oft – lediglich eine Teilschenkung oder gar keine Schenkung vorliegt. Wird zB von einer 65 Jahre alten Frau ein mit einem Wohnrecht belastetes Einfamilienhaus dem Sohn geschenkt, wird das Haus wegen des langen Wohnrechts unverkäuflich sein. Daran ändert sich nichts, wenn wenige Jahre später Pflegebedarf entsteht und das Wohnrecht nicht mehr genutzt werden kann. Für die Eigenbedarfseinrede nach § 529 Abs. 2 BGB gelten zur Bestimmung des „standesgemäßen“ (lies: „angemessenen“⁴) Unterhalts die gleichen Bemessungsregeln wie zur Bestimmung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit im Elternunterhalt⁵, also der erhöhte Sockelselbstbehalt (Rn. 1550 ff.).

1 BGH v. 5.11.2002 – X ZR 140/01, FamRZ 2003, 224 = FamRB 2003, 156.

2 Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten an und nicht auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme von Sozialhilfe. Vielfach versuchen unterhaltspflichtige Kinder durch Zahlungen an den Berechtigten über einen gewissen Zeitraum die Beantragung von Sozialhilfe über die Zehnjahres-Frist hinauszuschieben. Dies nutzt nichts, wenn die Bedürftigkeit innerhalb der Zehnjahres-Frist eingetreten ist.

3 BGH v. 5.11.2002 – X ZR 140/01, FamRZ 2003, 224 = FamRB 2003, 156; OLG Hamm v. 26.11.1992 – 22 U 347/91, FamRZ 1993, 1436.

4 BGH v. 6.9.2005 – X ZR 51/03, FamRZ 2005, 1989.

5 BGH v. 11.7.2000 – X ZR 126/98, FamRZ 2001, 21; Palandt/Weidenkaff, § 529 BGB Rn. 3; Erman/Herrmann, § 529 BGB Rn. 2.

3. Leistungsfähigkeit

Die meisten Probleme des Elternunterhalts liegen auf dem Gebiet der Leistungsfähigkeit. Darin spiegelt sich wider, dass vielfach die Inanspruchnahme auf Elternunterhalt als ungerecht empfunden wird, weil und insofern die in Anspruch genommenen Kinder idR bereits erhebliche Leistungen für die Erfüllung des Generationenvertrags erbracht haben. Sie haben ihre eigenen Kinder großgezogen, deren Ausbildung finanziert und gleichzeitig über Steuern und Sozialabgaben die Sozialkassen gefüllt (Stichwort: **Sandwichgeneration**)¹. Hinzu kommt neuerdings noch die zusätzliche eigene Altersabsicherung. Wie die jüngsten Entscheidungen des BGH zeigen, war er sich dieser Problematik bewusst und ist ihr dadurch begegnet, dass er bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit aus Sicht des pflichtigen Kindes einen eher großzügigen Maßstab angelegt hat. 1528

Grundsätzlich richtet sich die **Leistungsfähigkeit**, wie auch sonst beim Verwandtenunterhalt, nach § 1603 Abs. 1 BGB. Danach müssen dem unterhaltspflichtigen Kind diejenigen Mittel verbleiben, die es zur Deckung seines angemessenen Bedarfs benötigt². Da die Lebensführung erfahrungsgemäß an die vorhandenen Mittel angepasst wird, kann der angemessene Unterhaltsbedarf nicht mit einem festen Betrag angesetzt werden, sondern ist vom Tatrichter je nach Einzelfall **individuell zu bestimmen**, wobei insbesondere die Lebensstellung, das Einkommen und Vermögen sowie der soziale Rang des unterhaltspflichtigen Kindes eine Rolle spielen³. Eine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommenstypischen Unterhaltsniveaus muss das unterhaltspflichtige Kind nicht hinnehmen, solange es keinen für seine Verhältnisse unangemessenen Aufwand betreibt oder ein Leben im Luxus führt⁴ (**Lebensstandardgarantie**). Unterste Grenze ist der Halbteilungsgrundsatz, dh. das unterhaltspflichtige Kind muss auf keinen Fall mehr von seinem Einkommen für den Unterhalt seiner Eltern einsetzen als ihm selbst verbleibt⁵. 1529

1 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051; BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4; BGH v. 26.2.1992 – XII ZR 93/91, FamRZ 1992, 795; *Diederichsen*, FF Sonderheft zum 51. Deutschen Anwaltstag, 7 ff.

2 BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4; BGH v. 26.2.1992 – XII ZR 93/91, FamRZ 1992, 795; vgl. auch LG Münster v. 7.5.1993 – 10 S 65/92, FamRZ 1994, 843; LG Paderborn v. 25.4.1996 – 5 S 11/96, FamRZ 1996, 1497; LG Kiel v. 15.11.1995 – S 42/95, LG Kiel v. 15.11.1995 – 5 S 42/95, FamRZ 1996, 753; LG Düsseldorf v. 29.8.1997 – 22 S 441/96, FamRZ 1998, 50; LG Bielefeld v. 28.8.1997 – 22 S 106/97, FamRZ 1998, 49.

3 BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4.

4 BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4.

5 BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144; BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4.

➔ **Praxistipp:**

Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit müssen immer zeitlich zusammenfallen (**Kongruenz**). Wird das pflichtige Kind erst leistungsfähig, wenn keine Bedürftigkeit mehr besteht, beispielsweise weil der betreffende Elternteil verstorben ist, entsteht der Unterhaltsanspruch nicht etwa rückwirkend, sondern es gab von vornherein keinen Unterhaltsanspruch¹. Aus diesem Grund ist es auch durchaus ratsam, bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit Änderungen in der Einkommens- und Belastungssituation des unterhaltspflichtigen Kindes und seines Gatten zeitgenau zu bestimmen und zu weiträumige Durchschnittsbildung zu vermeiden.

- 1530 Das gilt im Prinzip zwar für alle Unterhaltsansprüche. Relevant wird das Prinzip der Kongruenz aber vor allem beim Elternunterhalt, weil dieser wegen des Übergangs der Ansprüche auf den Sozialhilfeträger häufig zeitlich deutlich nach der Entstehung der Bedürftigkeit geltend gemacht wird.

a) Einkommen

- 1531 Das für den Elternunterhalt **einzusetzende Nettoeinkommen** wird grundsätzlich nicht anders ermittelt als beim Ehegatten- oder Kindesunterhalt. Dementsprechend sind Einkünfte aus **Überstunden** zu berücksichtigen, wenn sie nur in geringem Umfang anfallen oder beruflich sind². Ein geringer Umfang liegt jedenfalls dann vor, wenn die Überstunden weniger als 10 % der regulären Arbeitszeit ausmachen³. Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim pflichtigen Kind⁴.
- 1532 Dagegen sind **fiktive Einkünfte** grundsätzlich nicht anzusetzen⁵, weil ansonsten die Lebensstandardgarantie⁶ leerliefe. **Elterngeld**, jedenfalls iHv. 300 Euro monatlich, oder **Sozialhilfe** müssen nicht für den Elternunterhalt eingesetzt werden. **Kindergeld** ist im Rahmen des § 1612b BGB zur Hälfte auf den Unterhaltsanspruch minderjähriger und voll auf den Unterhaltsanspruch volljähriger Kinder anzurechnen.

1 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051 m. Anm. *Klinkhammer*, vgl. auch *Schürmann*, FF 2005, 187; vgl. auch KG v. 11.1.2011 – 13 UF 199/10, FamRZ 2011, 985.

2 BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

3 BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

4 BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

5 LG Köln, FamRZ 2002, 572. Vgl. auch OLG Köln v. 5.7.2001 – 14 UF 13/01, FamRZ 2002, 572; OLG Köln v. 29.9.1999 – 27 UF 87/99, FamRZ 2001, 437; aA OLG Karlsruhe v. 28.7.2010 – 16 UF 65/10, FamRZ 2010, 2082; Nur in Ausnahmefällen: Wendl/Dose/Wönne, § 2, Rn. 949; ausführlich *Hauß*, Elternunterhalt, Rn. 233 ff.

6 BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4.

Lebt das pflichtige Kind im Eigenheim, ist ihm ein **Wohnwert** zuzurechnen, der jedoch nicht nach dem objektiv erzielbaren Mietzins zu bemessen ist. Anzusetzen ist vielmehr, wie beim Trennungsunterhalt, nur der **angemessene Wohnwert**¹, dessen Höhe sich nach den konkreten Verhältnissen des unterhaltspflichtigen Kindes bestimmt². Das gilt jedenfalls dann, wenn der Wohnbedarf im Verhältnis zu den vorhandenen Einkünften nicht unangemessen hoch ist³. Die Angemessenheit der Wohnvorteils ist nicht am Einkommen der unterhaltspflichtigen Person zu bemessen, sondern an der Wohnfläche, die eine unterhaltspflichtige Person in Ansehung ihrer Unterhaltspflichten (auch der aufkommenden gegenüber den Eltern) benötigen würde⁴. Angesichts einer durchschnittlichen Mietfläche von ca. 42 m² je Einzelperson in Deutschland⁵, wäre dieser Wert mit der örtlichen Vergleichsmiete der tatsächlich bewohnten Wohnung zu multiplizieren. Von dem so ermittelten Wohnvorteil sind Zins und Tilgung, Heiz- und sonstige Nebenkosten⁶ abzuziehen. Ob die Immobilie als angemessene Altersvorsorge anzusehen ist, spielt hier keine Rolle⁷. Vielfach wird von den Sozialhilfeträgern als Obergrenze der Wohnwertzurechnung ein Betrag von 450 Euro für den Alleinstehenden und 350 Euro für den Ehegatten angenommen. Damit schließen die Sozialämter sich an die in den unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Oberlandesgerichte ausgewiesenen „Kosten des Wohnens“ an⁸. Diese Begrenzung erscheint sinnvoll, da der Wohnvorteil „fiktives Einkommen“ darstellt. Eine Einkommensfiktion ist jedoch im Unterhaltsrecht stets Sanktion für die Verletzung einer unterhaltsrechtlichen Obliegenheit. Die Beibehaltung des erworbenen Wohn- und Lebensstils kann aber angesichts der schwachen Stellung des Elternunterhalts nicht als Obliegenheitsverletzung gewertet werden⁹.

1533

Einkommensteuern sind in Abzug zu bringen. Hat das pflichtige Kind Lohnsteuerklasse V, ist sein Nettoeinkommen entsprechend Lohnsteuer-

1534

1 BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 = FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282; BGH v. 20.10.1999 – XII ZR 297/97, FamRZ 2000, 351; FA-FamR/*Gerhardt*, Kap. 6, Rn. 376; Palandt/*Brudermüller*, § 1601 BGB Rn. 9; Wendl/*Dose/Wönne*, § 2 Rn. 954; Büttner/*Niepmann/Schwamb*, Rn. 119; Koch/*Wellenhofer* Rn. 5031; Schwab/*Borth* Rn. IV.1626.

2 BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 = FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282.

3 BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 = FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282.

4 BGH v. 28.3.2007 – XII ZR 21/05, FamRZ 2007, 879 = FamRB 2007, 228.

5 Statistisches Jahrbuch 2011 S. 291.

6 § 27 Abs. 1 der 2. BerechnungsVO, BGH v. 27.5.2009 – XII ZR 78/08, FamRZ 2009, 1300 = FamRB 2009, 335, FamRB 2009, 270, FamRB 2009, 271 und FamRB 2009, 272.

7 BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 = FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282.

8 LL Nr. 21.

9 Vgl. *Hauß*, Elternunterhalt, Rn. 163.

klasse I bzw. IV fiktiv zu erhöhen¹. Ebenso konsequent ist es jedoch auch, bei der Steuerklassenwahl III/V zugunsten des unterhaltspflichtigen Kindes das Nettoeinkommen auf der Basis der fiktiven Besteuerung nach Steuerklassen IV/IV (entsprechend I/I) vorzunehmen². Fraglich ist, ob die zum Ehegattenunterhalt ergangene Entscheidung des BVerfG³, wonach der aus der neuen Ehe resultierende Splittingvorteil bei der Bemessung des Unterhalts des ehemaligen Ehegatten nicht zu berücksichtigen ist, weil der Splittingvorteil allein der Ehe des Unterhaltspflichtigen, aus der er resultiert, zugute kommen soll, sinngemäß auch auf den Elternunterhalt anzuwenden ist.

- 1535 **Steuererstattungen** sind dem Einkommen des Jahres hinzuzurechnen, in welchem sie erfolgen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die wirtschaftlichen Vorgänge, die die Steuererstattung verursacht haben, auch unterhaltsrechtlich berücksichtigt wurden. Darauf ist im Fall von Abschreibungen und Ansparabschreibungen zu achten. Werden diese nicht einkommensmindernd bei der Einkommensermittlung berücksichtigt, kann die auf ihnen beruhende Steuererstattung nicht ohne weiteres unterhaltsrechtlich abgehöpft werden. Vielmehr ist in diesen Fällen eine fiktive Besteuerung vorzunehmen⁴.

➔ **Wichtig:**

Steht die Höhe der Erstattung noch nicht fest, ist das pflichtige Kind ohne Aufforderung verpflichtet, dem Gericht die Steuererklärung oder sonstige aussagekräftige Unterlagen vorzulegen, anhand derer das Gericht die voraussichtliche Erstattung berechnen kann. Anderenfalls läuft es Gefahr, dass das Gericht die Erstattung gem. § 287 ZPO schätzt⁵.

- 1536 In den OLG Bezirken Bremen, Hamburg, Hamm, Köln, Rostock und Schleswig können berufsbedingte Aufwendungen nur dann vom Einkommen abgezogen werden, wenn sie konkret nachgewiesen werden und anfallen. Ansonsten ist ein pauschaler Abzug in Höhe von 5 % des Nettoeinkommens zulässig. Auch in diesen Bezirken können aber über die Pauschale hinausgehende berufsbedingte Aufwendungen abgezogen werden, wenn sie tatsächlich entstehen und nachgewiesen werden.
- 1537 **Krankenversicherungsbeiträge** sind abzuziehen, ebenso **krankheitsbedingter Mehraufwand** des unterhaltspflichtigen Kindes wie auch seiner eigenen Kinder. Auch Eigenanteile von Krankenbehandlungskosten (Praxisgebühren und Medikamentenzuzahlungen) sind abzugsfähig, da ansonsten eine

1 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142.

2 Hauß, Elternunterhalt, Rn. 171.

3 BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 246/93, 1 BvR 2298/94, FamRZ 2003, 1821.

4 OLG Brandenburg v. 19.12.2006 – 10 UF 183/05, FamRZ 2007, 1020 = FamRB 2007, 198; BGH v. 2.6.2004 – XII ZR 217/01, FamRZ 2004, 1177 m. Anm. Engels, 1355 = FamRB 2004, 316.

5 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

Ungleichbehandlung von gesetzlich und privat Krankenversicherten entstände. Privat Krankenversicherte können einen Versicherungstarif ohne jegliche Zuzahlungen vom anrechenbaren Einkommen absetzen. Pflichtversicherte hingegen haben regelmäßig Zuzahlungen zu erbringen, die daher gleichfalls unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen sind. Das Gleiche gilt für die **Kostendämpfungspauschale** im Bereich des Beihilferechts für Beamte. Auch **Krankentagegeldversicherungen** von Selbständigen¹ mindern das anrechenbare Einkommen.

Auch die gesetzlichen Aufwendungen zur **Altersvorsorge** sind abzugsfähig. Selbständige können Vorsorgeaufwendungen in gleicher Höhe, zurzeit also ca. 20 % des Bruttojahreseinkommens, geltend machen². Auch soweit die Einkünfte eines Kindes die Beitragsbemessungsgrenze übersteigen³, können von diesen Einkünften 20 % Altersvorsorgerücklagen gebildet werden. Allerdings muss die Altersvorsorge tatsächlich geleistet werden. Fiktive Vorsorgebeiträge können nicht abgezogen werden⁴. 1538

Zusätzlich zu der primären Altersvorsorge ist das pflichtige Kind berechtigt, **Zusatzvorsorge** für das Alter iHv. 5 % seines Bruttojahreseinkommens zu betreiben, und zwar unabhängig davon, ob es sozialversicherungspflichtig oder selbständig ist⁵. Das gilt auch für Beamte⁶. Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte können für Einkünfte jenseits der Beitragsbemessungsgrenze 25 % des Bruttoeinkommens für Altersvorsorge abziehen. Geht das pflichtige Kind vor Erreichen der Regelaltersgrenze in den Ruhestand, können gleichwohl Aufwendungen für eine zusätzliche Altersvorsorge bis zur Regelaltersgrenze noch in Abzug gebracht werden⁷. 1539

In welcher **Form** das pflichtige Kind für sein Alter vorsorgt, ist ihm prinzipiell freigestellt⁸. Vorsorgt werden kann durch den Erwerb einer Immobilie⁹ ebenso wie durch Einzahlung auf ein Sparkonto¹⁰ oder in eine 1540

1 OLG Hamm v. 27.5.2007 – 6 UF 239/03, OLGReport 2004, 340.

2 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

3 Im Jahr 2012 beträgt die Beitragsbemessungsgrenze 67 200 (West) bzw. 57 600 (Ost).

4 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239; *Büttner*, FamRZ 2004, 1918 (1920).

5 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1817 = FamRB 2004, 317; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 (863) = FamRB 2003, 239.

6 BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 (1182) = FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282.

7 BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 = FamRB 2010, 295.

8 BGH v. 30.8.1006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

9 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 (863) = FamRB 2003, 239.

10 BGH v. 30.8.1006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 (863) = FamRB 2003, 239, vgl. hierzu *Büttner*,

andere geeignete Kapitalanlage, beispielsweise eine Lebensversicherung. Zweifel hatte der BGH allerdings an der Eignung von Wertpapieren oder Fondsbeteiligungen wegen der mit ihnen verbundenen Risiken¹.

- 1541 Hat der **Ehegatte** des unterhaltspflichtigen Kindes keine eigenen Einkünfte oder reicht sein Einkommen für eine angemessene Altersvorsorge nicht aus, sind auch die für ihn geleisteten Vorsorgebeträge abzugsfähig, vorausgesetzt, sie halten sich in dem von der Rechtsprechung vorgegebenen Rahmen von insgesamt 25 % des jeweiligen Bruttoeinkommens².
- 1542 Private Aufwendungen zur Sicherung späterer **Altersteilzeit** sind nicht absetzbar³. Allerdings ist es möglich, dass der Ehegatte des unterhaltspflichtigen Kindes Rücklagen für einen vorzeitigen Ruhestand bildet, zB um wegen eines Altersunterschiedes den Ruhestand vorzeitig – gemeinsam mit dem Gatten – beginnen zu können. Dies folgt daraus, dass das Schwiegerkind nicht unterhaltspflichtig ist⁴.
- 1543 Dagegen kann der Selbständige jedenfalls wohl dann Beiträge zur **Arbeitslosenversicherung** in Abzug bringen, wenn ihm aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung Arbeitslosigkeit droht⁵.
- 1544 Für **Verbindlichkeiten** gilt, dass, anders als im Deszendenten- und Gattenunterhaltsrecht, alle vor dem Entstehen der Unterhaltspflicht den Eltern gegenüber eingegangenen Verbindlichkeiten – unabhängig vom Grund ihrer Entstehung – das unterhaltspflichtige Einkommen des Kindes mindern. Dies folgt zwingend aus der Lebensstandardgarantie und der Tatsache, dass bis zum Einsetzen der Unterhaltsverpflichtung das unterhaltspflichtige Kind seine Lebensgewohnheiten nicht vorausseilend auf eine mögliche Unterhaltsverpflichtung hin einstellen muss. In der Praxis werden an vor Entstehen der Unterhaltspflicht eingegangene Verbindlichkeiten daher keine großen Anforderungen gestellt. Auch Aufwendungen für teure Hobbys (Pferdesport, Golf, aber auch Fitnessausgaben) sind daher unterhaltsrechtlich bedeutsam und ggf. nicht aus dem Selbstbehalt zu finanzieren, wenn dieser nicht angemessen hoch ist, um die konkrete Ausgabe zu ermöglichen. IdR gilt, dass Konsumentenkredite, die vor dem Entstehen der Unterhaltspflicht aufgenommen wurden, mit Zins- und

FamRZ 2004, 1918 (1920), der zur Missbrauchsverhinderung eine bindende Zweckbestimmung fordert.

1 BGH v. 30.8.1006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 (863) = FamRB 2003, 239.

2 BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 = FamRB 2010, 295; *Borth*, FamRZ 2004, 792.

3 *Büttner*, FamRZ 2004, 1918 (1920).

4 OLG Hamm v. 27.11.2007 – 1 UF 50/07, FamRZ 2008, 1881 = FamRB 2008, 200.

5 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

Tilgungsraten vom Einkommen abzuziehen sind¹. Kosten einer Hausrats- oder Haftpflichtversicherung müssen jedoch aus dem erhöhten Selbstbehalt bestritten werden².

Zur Vermeidung einer nicht nachvollziehbaren Ungleichbehandlung von kredit- und rücklagenfinanziertem Konsum³ muss dementsprechend eine **Rücklagenbildung** zur Finanzierung erforderlicher Hausrats- oder Pkw-Anschaffungen, für Instandhaltungs- und Reparaturmaßnahmen an einer Immobilie unterhaltsrechtlich ebenfalls akzeptiert werden⁴. Allerdings wird die Rücklagenbildung in der Praxis nur bei einem konkret darzulegenden Bedarf zu berücksichtigen sein⁵. Bei **Immobilien** wird zum Teil eine angemessene moderate allgemeine Rücklagenbildung akzeptiert, weil sonst ein nicht zu rechtfertigender Wertungswiderspruch zu Eigentumswohnungen entstünde, bei denen die **Hausgelder** nach allgemeiner Auffassung einkommensmindernd zu berücksichtigen sind. Hausgelder werden jedoch nicht nur für allgemeine Verbrauchskosten, sondern auch zur Ansparung von Instandhaltungs- und Reparaturkosten genutzt⁶. 1545

Grundsätzlich mindern **Zins- und Tilgungsleistungen für Darlehen**, die zur Finanzierung der selbst genutzten Immobilie aufgenommen worden sind⁷, das unterhaltsrechtlich anrechenbare Einkommen. Andere **vermögensbildende Maßnahmen** sollen dagegen, sofern sie nicht der angemessenen Altersvorsorge dienen, grundsätzlich nicht abzugsfähig sein⁸. Allerdings ist zu bedenken, dass beim Ehegattenunterhalt vermögensbildende Aufwendungen jedenfalls dann in Abzug gebracht werden können, wenn gehobene Einkommensverhältnisse vorliegen und sich die Vermögensbildung in einem angemessenen Rahmen hält. Da der unterhaltsberechtigte Ehegatte den Eltern im Rang vorgeht, müsste zumindest in diesen Fällen die Vermögensbildung auch beim Elternunterhalt akzeptiert werden. 1546

Ansonsten kommt es auf den Einzelfall an. So ist der Abzug von **Kreditraten** möglich, wenn die Aufnahme des Kredits unumgänglich war, um not- 1547

1 BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 = FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282; Eschenbruch/*Klinkhammer*, Rn. 2.69; *Hauß*, Elternunterhalt, Rn. 194 ff.

2 BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 = FamRB 2010, 295.

3 Eschenbruch/*Klinkhammer*, Rn. 2.69.

4 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 m. Anm. *Klinkhammer* = FamRB 2006, 327.

5 OLG Karlsruhe v. 28.7.2010 – 16 UF 65/10, FamRZ 2010, 2082.

6 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; OLG Hamm v. 7.6.1989 – 8 UF 475/87, FamRZ 1989, 871.

7 BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107; BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 = FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282.

8 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107.

wendige Bedarfsgüter zu finanzieren¹ (zB für einen Ersatz-Pkw). Ebenso sind Kreditkosten abzugsfähig, wenn der Kredit aufgenommen wurde, bevor das pflichtige Kind Kenntnis von dem Unterhaltsanspruch seiner Eltern hatte, da es ihm grundsätzlich freisteht, wofür es sein Geld verwendet².

➔ **Praxistipp:**

Generell gilt also, dass Konsumieren besser ist als Sparen. Allerdings ist zu beachten, dass dies nur dann gilt, wenn das pflichtige Kind noch nicht wusste, dass es Unterhalt an seine Eltern zahlen muss. Auch wenn nur eine latente Unterhaltslast (Rn. 1574 ff.) besteht, ist daher Vorsicht geboten.

- 1548 **Fahrtkosten**, die dem Kind durch **Besuche bei den Eltern** entstehen, sind in Abzug zu bringen³. Auch ein vom unterhaltspflichtigen Kind übernommener **Sonderbedarf des Elternteils** mindert das Einkommen des Kindes, beispielsweise zusätzliche Kosten des im Heim lebenden Elternteils für Wäsche, Radiogebühren und dergleichen mehr⁴.

b) Selbstbehalt

- 1549 Einstweilen frei
- 1550 Durch die Entscheidung des BGH v. 28.7.2010⁵ ist die Frage der Berechnungsmethode des Elternunterhalts nunmehr geklärt. Dem unterhaltspflichtigen Kind steht ein Sockelselbstbehalt, einem mit ihm zusammenlebenden Schwiegerkind ein um 20 % verminderter Sockelselbstbehalt⁶ zu, weil der BGH die „häusliche Ersparnis“, die aus dem Zusammenleben mit einem Partner resultiert, mit 10 % annimmt. Lebt das Kind mit mit einem Ehegatten oder Lebenspartner zusammen, wird der Sockelselbstbehalt um 45 %, sonst bei Alleinleben um 50 % des ihn übersteigenden Familieneinkommens aufgestockt. Von diesem „individuellen Familienselbstbehalt“ haben die Partner ihren Anteil entsprechend dem Verhältnis ihrer anrechenbaren Einkommen zu tragen. Die Berechnung gestaltet sich daher wie folgt:

1 *Ehinger*, FPR 2003, 623 (627).

2 Vgl. OLG Hamm v. 22.11.2004 – 8 UF 411/00, FamRZ 2005, 1193, das sich auch mit der Abgrenzung von Vermögensbildung und Kreditrückführung beschäftigt. Danach stellt die Rückführung von Krediten grundsätzlich keine Vermögensbildung dar, es sei denn, der mit dem Kredit finanzierte Gegenstand wächst mit zunehmender Tilgung immer mehr dem Vermögen des Kreditnehmers zu, was bei Konsum- oder Geschäftskrediten allerdings regelmäßig nicht der Fall ist.

3 OLG Köln v. 5.7.2001 – 14 UF 13/01; FamRZ 2009, 572; OLG Düsseldorf v. 14.1.2009 – II – 8 UF 172/08, FamRZ 2009, 1077.

4 OLG Hamm v. 2.11.2004 – 3 UF 263/00, FamRZ 2005, 1193 = FamRB 2002, 37.

5 BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 = FamRB 2010, 295.

6 Dieser ist in den Leitlinien der OLG ab dem Jahr 2011 mit 1500 Euro für das Kind und 1200 Euro für den Gatten vorgeschlagen.

Nach den **Leitlinien der Oberlandesgerichte** beträgt der Mindestselbstbehalt für das **pflichtige Kind 1500 Euro** einschließlich eines Warmmietanteils von 450 Euro¹. 1551

➔ **Wichtig:**

Der Selbstbehalt ist nicht zu vermindern, wenn das unterhaltspflichtige Kind preisgünstiger wohnt, als in den Tabellensätzen der Oberlandesgerichte für die Warmmiete vorgesehen ist, da es seiner freien Entscheidung unterliegt, wofür es sein Einkommen verwenden möchte².

Der Mindestselbstbehalt für den **Ehegatten** des pflichtigen Kindes beläuft sich nach den Leitlinien der Oberlandesgerichte auf **1200 Euro** einschließlich eines Warmmietanteils von 350 Euro³. 1552

➔ **Wichtig:**

Liegt das Familieneinkommen, also das Einkommen beider Eheleute, nicht über den Mindestselbstbehalt, ist kein zusätzlicher Abschlag für die Ersparnis durch gemeinsame Haushaltsführung zu berücksichtigen, weil diese bereits in dem geringeren Mindestselbstbehalt des Ehegatten enthalten ist. Liegt das Familieneinkommen der Ehegatten dagegen über den Mindestselbstbehalt, ist nach der Rechtsprechung des BGH hinsichtlich des übersteigenden Betrags ein weiterer Abschlag von 10 % für die Ersparnis durch die gemeinsame Haushaltsführung vorzunehmen⁴.

Einstweilen frei

1553

c) Vermögen

Regelmäßig anfallende **Vermögenserträge** sind, wie auch sonst, Einkommen, das grundsätzlich für den Elternunterhalt einzusetzen ist. Das gilt allerdings nur, soweit die Grenze für das Altersvorsorgevermögen (vgl. Rn. 1562 ff.) überschritten ist. Ist diese Grenze nicht überschritten, kann das unterhaltspflichtige Kind Kapitalerträge akkumulieren⁵. Dies ist da-

1 Vgl. Düsseldorfer Tabelle v. 1.1.2011 sowie die Leitlinien der Oberlandesgerichte, www.famrb.de.

2 BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107; BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

3 Vgl. Düsseldorfer Tabelle v. 1.1.2011 sowie die Leitlinien der Oberlandesgerichte, www.famrb.de.

4 BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 = FamRB 2010, 295; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

5 OLG Düsseldorf v. 14.1.2009 – II-8 UF 172/08, FamRZ 2009, 1077; ausführlich *Hauß*, Elternunterhalt, Rn. 101 ff.

mit zu begründen, dass nach der Rechtsprechung des BGH¹ das Altersvorsorgeschonvermögen pauschal mit 5 % der sozialversicherungspflichtigen und 25 % der nicht sozialversicherungspflichtigen Erwerbseinkünfte, aufgezinst über die Lebensarbeitszeit, berechnet werden kann. Wenn aber die Zinsen aus dem Vorsorgekapital zu dessen Bildung zu thesaurieren sind, können sie nicht als unterhaltspflichtiges Einkommen zu werten sein, ohne die Bildung des Altersvorsorgevermögens während einer Unterhaltspflicht zu beeinträchtigen.

- 1555 Anders sieht es dagegen mit dem **Stamm des Vermögens** aus. Zwar sind grundsätzlich auch Kinder gegenüber ihren Eltern verpflichtet, Vermögen zu verwerten, um den Unterhaltsanspruch der Eltern erfüllen zu können². Es ist hier aber ein großzügigerer Maßstab anzulegen als im umgekehrten Fall, da der Elternunterhalt deutlich schwächer ausgestaltet ist als der Kindesunterhalt³. Allerdings gibt es beim Verwandtenunterhalt keine allgemeine Billigkeitsgrenze, wie sie § 1577 Abs. 3 und § 1581 BGB beim Unterhalt geschiedener Ehegatten vorsehen⁴. Es wäre aber kaum zu rechtfertigen, wenn das unterhaltspflichtige Kind gegenüber seinen Eltern zu einem weitergehenden Einsatz seines Vermögen als gegenüber dem vorrangig berechtigten Ehegatten verpflichtet wäre⁵, so dass die genannten Vorschriften jedenfalls die äußerste Grenze darstellen.
- 1556 Im Übrigen richtet sich auch der Einsatz des Vermögen im Bereich des Verwandtenunterhalts nach **§ 1603 Abs. 1 BGB**. Das Vermögen muss danach nicht eingesetzt werden, wenn dadurch der **eigene angemessene Unterhalt gefährdet** wird⁶ oder wenn sonstige **zu berücksichtigende Verbindlichkeiten entgegenstehen** (§ 1603 Abs. 1 BGB), also insbesondere dann nicht, wenn dadurch fortlaufende Einkünfte wegfallen würden, die das unterhaltspflichtige Kind zur Erfüllung weiterer Unterhaltsansprüche⁷,

1 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327.

2 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317.

3 Wendl/Dose/Wönne, § 2, Rn. 956; OLG München v. 11.5.2004 – 30 UF 303/03, FamRZ 2005, 299; offengelassen von BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317; wohl bejahend: BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327.

4 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317.

5 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051; BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327. Auch die Einführung der Grundsicherung im Alter zeigt im Übrigen, dass die Belastungen von Kindern durch den Elternunterhalt in Grenzen gehalten werden sollen.

6 OLG Köln v. 12.6.2002 – 27 UF 194/01, FamRZ 2003, 470 = FamRB 2002, 354.

7 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317; BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4; BGH v. 23.10.1985 – IVb ZR 52/84, FamRZ 1986, 48; LG Duisburg v. 15.2.1991 – 4 S 319/90, FamRZ 1991, 1086; OLG Hamm v. 10.6.2005 – 9 UF 141/04, ZFE 2005, 452.

zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts¹ einschließlich der Altersabsicherung² oder zur Erfüllung weiterer berücksichtigungswürdiger Verbindlichkeiten benötigt³.

Ferner muss der Stamm des Vermögens nicht angegriffen werden, wenn dies **unwirtschaftlich** wäre⁴. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Verwertung des Vermögens nur unter Inkaufnahme eines erheblichen Wertverlustes möglich wäre⁵. Grundsätzlich ist nach dem BGH davon auszugehen, dass Vermögen, das angemessene Erträge abwirft, nicht zu verwerten ist⁶. Das ist bei der Frage fremdgenutzten Immobilienvermögens zu beachten. Ist eine Immobilie fremdgenutzt, genießt sie nicht mehr den allgemeinen Schonvermögensschutz der selbst genutzten Wohnung. Eine unterwertige Vermietung kann daher dazu führen, ihre Verwertung durch Verkauf zumutbar erscheinen zu lassen. Das ist bei privilegierter Vermietung an Verwandte des Eigentümers zu beachten. Die Verwertung von Vermögen, mit dem nur ein relativ geringer Gewinn erzielt wird und von dem die Existenz des Unterhaltsschuldners nicht abhängt, kommt grundsätzlich in Betracht⁷. Auch wenn das Vermögen kurzfristig verwertbar ist, wie beispielsweise ein Bankguthaben oder Wertpapierdepot, soll es grundsätzlich für den Unterhalt eingesetzt werden müssen⁸. Allerdings ist auch hier vor allem der Zweck der Vermögensanlage zu berücksichtigen. Soweit das Vermögen berechtigterweise

1557

- 1 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317; OLG Hamm v. 10.6.2005 – 9 UF 141/04, ZFE 2005, 452.
- 2 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051; BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4; LG Duisburg v. 3.5.1996 – 24 (4) S 285/95, FamRZ 1996, 1498; LG Lübeck v. 30.1.1996 – 6 S 136/95, FamRZ 1996, 961; LG Osnabrück v. 3.1.1996 – 6 S 66/95, FamRZ 1996, 960.
- 3 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317; BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4; OLG Hamm v. 8.10.2001 – 8 UF 21/01, FamRZ 2002, 1212.
- 4 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317.
- 5 BGH v. 23.10.85 – IVb ZR 52/84, FamRZ 1986, 48; BGH v. 2.11.1988 – IVb ZR 7/88, FamRZ 1989, 170; OLG München v. 14.6.1999 – 26 UF 617/99, FamRZ 2000, 307; OLG Köln v. 12.6.2002 – 27 UF 194/01, FamRZ 2003, 470 = FamRB 2002, 354.
- 6 BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 326/01, FamRZ 2004, 1184 = FamRB 2004, 317; BGH v. 23.10.2002 – XII ZR 266/99, FamRZ 2002, 1698 = FamRB 2003, 3 und FamRB 2003, 4; BGH v. 23.10.1985 – IVb ZR 52/84, FamRZ 1986, 48; OLG Hamm v. 10.6.2005 – 9 UF 141/04, ZFE 2005, 452; LG Duisburg v. 15.2.1991 – 4 S 319/90, FamRZ 1991, 1086.
- 7 OLG Karlsruhe v. 27.3.2003 – 2 UF 23/02, FamRZ 2004, 292 = FamRB 2004, 320.
- 8 Schürmann, FF 2005, 187 (189); Klinkhammer, FamRZ 2005, 1051 (1056).

der Altersabsicherung dient, kommt eine Verwertung nicht in Betracht. Das gilt vor allem für Lebensversicherungen¹.

- 1558 Das selbst genutzte **Familienheim** muss regelmäßig nicht veräußert werden², wohl aber ggf. eine Ferienwohnung, wenn diese nicht der Erzielung von notwendigen Einkünften dient³. Der Miteigentumsanteil einer Eigentumswohnung soll außer Betracht bleiben, wenn der andere Ehegatte der Veräußerung nicht zustimmt⁴. Dagegen ist nach anderer Ansicht Grundbesitz zu verwerten, wenn aus ihm keine laufenden Einkünfte erzielt werden⁵.
- 1559 Das unterhaltspflichtige Kind ist idR nicht verpflichtet, Vermögensgegenstände zu beleihen, zumal das auch gar nicht zu einer Verwertung des Vermögensstamms, sondern nur zu neuen laufenden Verpflichtungen führen würde. Insbesondere ist das unterhaltspflichtige Kind nicht verpflichtet, ein (zinsloses) **Darlehen** des Sozialhilfeträgers anzunehmen und dieses mit Hilfe einer eigenen Immobilie zu besichern, um auf diese Weise seine Leistungsfähigkeit herbeizuführen, jedenfalls wenn es – wie meist – auch zivilrechtlich nicht zur Aufnahme eines Darlehens verpflichtet gewesen wäre⁶. Alles andere würde dem Nachrang der Sozialhilfe widersprechen⁷. In konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung ist die Aufnahme eines Darlehens zu marktüblichen Konditionen dem Kind erst recht nicht zumutbar⁸.
- 1560 In welchem **Umfang** vorhandenes Vermögen für den Elternunterhalt eingesetzt werden muss, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern muss wegen der Besonderheiten des Elternunterhalts für jeden Einzelfall individuell geklärt werden. Wenig überraschend variieren daher die von der

1 AG Höxter v. 9.6.1995 – 2 C 361/94, FamRZ 1996, 752; LG Lübeck 30.1.1996 – 6 S 136/95, FamRZ 1996, 961.

2 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 23.10.1985 – IVb ZR 52/84, FamRZ 1986, 48; OLG Köln v. 29.9.1999 – 27 UF 87/99, FamRZ 2001, 437; OLG Köln v. 21.8.2000 – 21 UF 274/99, FamRZ 2001, 1475; OLG Oldenburg v. 27.7.1999 – 12 UF 79/99, FamRZ 2000, 1174; LG Paderborn v. 29.8.1996 – 5 S 399/95, FamRZ 1997, 228 (einziger Vermögensgegenstand der wegen Krankheit nicht erwerbsfähigen Tochter).

3 BGH v. 23.10.1985 – IVb ZR 52/84, FamRZ 1986, 48.

4 LG Heidelberg v. 25.4.1997 – 5 S 164/96, FamRZ 1998, 164.

5 AG Ansbach v. 12.7.1994 – C 77/94, FamRZ 1997, 766.

6 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051. Das war früher umstritten: bejahend: LG Duisburg v. 3.5.1996 – 24 (4) S 285/95, FamRZ 1996, 1498; OLG München v. 14.10.1999 – 12 UF 1330/99, FamRZ 2000, 1177; LG Heidelberg v. 25.4.1997 – 5 S 164/96, FamRZ 1998, 164; ablehnend: OLG Köln v. 21.8.2000 – 21 UF 274/99, FamRZ 2001, 1475.

7 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051. Außerdem hätte es sonst entgegen diesem Grundsatz der Sozialhilfeträger auch in der Hand, durch die Gewährung eines Darlehens die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes und damit auch den Unterhaltsanspruch überhaupt erst zum Entstehen zu bringen.

8 Vgl. *Schürmann*, FF 2005, 187 (190).

Rechtsprechung als **Schonvermögen** zugebilligten Beträge sehr stark¹. Grundsätzlich gilt auch für das Vermögen, dass es nicht angetastet werden muss, wenn das unterhaltspflichtige Kind seine Lebensstellung auf ein bestimmtes Vermögen eingestellt hat, ohne unangemessenen Luxus zu betreiben, oder wenn es dieses Vermögen für seine Altersabsicherung braucht². Es ist auch zulässig, dem unterhaltspflichtigen Kind einen bestimmten Betrag für die Risiken der allgemeinen Lebensführung, beispielsweise der Arbeitslosigkeit, zu belassen³.

Geht es um die **Altersvorsorge**, sind bei der Prüfung der Angemessenheit alle weiteren vorhandenen Vermögenswerte einzubeziehen. Dies gilt vor allem für Grundeigentum⁴. Sichert das pflichtige Kind den Fortbestand seiner gegenwärtigen Lebensverhältnisse durch Sparvermögen oder ähnliche Kapitalanlagen, muss ihm davon jedenfalls der Betrag verbleiben, den es braucht, um die ihm unterhaltsrechtlich zuzubilligenden Altersvorsorgebeträge erwirtschaften zu können⁵. 1561

Der BGH hat mit seiner Entscheidung v. 30.8.2006⁶ die Grundsätze für die Berechnung des **Altersvorsorgeschonvermögens** präzisiert. Danach kann das unterhaltspflichtige Kind pauschal ohne den Nachweis eines besonderen Bedarfs 5 % seines sozialversicherungspflichtigen und 25 % seines sonstigen Brutto-Erwerbseinkommens, aufgezinst mit 4 %, über die Lebensarbeitszeit als Vorsorgevermögen ansparen. In der Praxis kommen schon bei dieser Berechnung erhebliche Vermögenssummen zusammen. Abzustellen ist zunächst einmal auf das letzte Bruttoeinkommen, weil dieses (wie in der Beamtenversorgung) den angemessenen Lebensbedarf nach Beendigung des Erwerbslebens prägt. Die Frage, ab wann das Erwerbsleben zu berechnen ist, ist in Analogie zu § 851c ZPO zu bestimm- 1562

1 OLG Düsseldorf v. 27.10.2010 – II-8 UF 38/10, FamRZ 2011, 982 = FamRB 2011, 103; OLG Köln v. 12.6.2002 – 27 UF 194/01, FamRZ 2003, 470 = FamRB 2002, 354 (Schonvermögen von 58 800 DM); OLG Koblenz v. 23.6.1999 – 11 UF 63/99, FuR 2000, 132 (Schonvermögen von 150 000 DM bei Ansprüchen beider Elternteile); LG Paderborn v. 15.1.1998 – 1 S 51/98, FamRZ 1999, 457 (bei Vermögen von 100 000 DM sind 5000 DM einzusetzen); LG Paderborn v. 25.4.1996 – 5 S 11/96, FamRZ 1996, 1497 (Invaliditätsentschädigung von 200 000 DM muss nicht eingesetzt werden); LG Lübeck v. 30.1.1996 – 6 S 136/95, FamRZ 1996, 961 (490 000 DM als zusätzliche Altersvorsorge); AG Hörter v. 9.6.1995 – 2 C 361/94, FamRZ 1996, 752; AG Wetter v. 29.10.1990 – 8 C 105/90, FamRZ 1991, 852 (jeweils 20 000 DM); AG Blomberg v. 6.11.2003 – 3 F 101/03, FamRZ 2004, 1598 (Freibetrag von 12 500 DM).

2 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327.

3 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327.

4 BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107; vgl. aber auch BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 = FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282.

5 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

6 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327; OLG Düsseldorf v. 14.1.2009 – II – 8 UF 172/08, FamRZ 2009, 1077.

men; daher ist vom 18. Lebensjahr auszugehen. Dies ist damit zu begründen, dass auch der Spätstart in ein Berufsleben den Lebensbedarf im Alter nicht aufhebt.

Berechnungsfaktoren Altersschonvermögen									
Aufzinsungsfaktor 4 % ab 18. Lebensjahr									
Zur Berechnung der Höhe des Vorsorgevermögens ist der Faktor im Alter des Unterhaltspflichtigen mit dem monatlichen Bruttoeinkommen zu multiplizieren									
Alter	Faktor	Alter	Faktor	Alter	Faktor	Alter	Faktor	Alter	Faktor
20	1,8730	30	9,9761	40	21,9707	50	39,7257	60	66,0074
21	2,5479	31	10,9751	41	23,4496	51	41,9147	61	69,2477
22	3,2498	32	12,0142	42	24,9875	52	44,1913	62	72,6176
23	3,9798	33	13,0947	43	26,5870	53	46,5590	63	76,1223
24	4,7390	34	14,2185	44	28,2505	54	49,0213	64	79,7672
25	5,5285	35	15,3872	45	29,9805	55	51,5822	65	83,5579
26	6,3497	36	16,6027	46	31,7798	56	54,2455	66	87,5002
27	7,2037	37	17,8668	47	33,6510	57	57,0153	67	91,6003
28	8,0918	38	19,1815	48	35,5970	58	59,8959		
29	9,0155	39	20,5488	49	37,6209	59	62,8918		
Beispiel: Alter 55, Bruttoeinkommen 3500 × 51,8522 = 181 482 Euro									

1563 Für Geringverdiener und Personen mit einer gebrochenen Altersvorsorgebiographie sind diese Werte oft nicht ausreichend, um ein angemessenes Alterseinkommen zu sichern. Das gilt auch dann, wenn das aktuelle Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes zum Berechnungszeitpunkt nicht dem den Lebensstandard prägenden Einkommen entspricht, zB dann, wenn krankheitsbedingte Teilzeitarbeit geleistet wird oder Arbeitslosigkeit oder abgesenktes Vorruhestands- oder Kurzarbeiterereinkommen besteht. In diesen Fällen ist zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse vom den Lebensstandard prägenden fiktiven Einkommen auszugehen und die Berechnung vorzunehmen. Der BGH hat mit dieser Berechnungsmethode eine Bestimmung der angemessenen Altersvermögenshöhe entwickelt, die im Normalfall zu angemessenen Ergebnissen kommt. Keinesfalls ist dem unterhaltspflichtigen Kind damit die Berechnung eines höheren Altersvorsorgeschonvermögens verwehrt¹.

1564 Bei **Geringverdienern** lohnt zur Berechnung der Höhe des Altersvorsorgekapital in Form des Deckungskapitals zu einer Rentenversicherung von der Pfändung ausgeschlossen, sofern es eine bestimmte Höhe nicht überschreitet. Ein 55 Jahre alter Unterhaltspflichtiger hätte danach zB ein

1 Ausführlich *Hauß*, Elternunterhalt, Rn. 120 ff.; vgl. auch AG Pankow/Weißensee v. 5.11.2008 – 17 F 4142/08, FamRZ 2009, 1076.

Vorsorgeschonvermögen von 152 000 Euro. Wenn schon der Gesetzgeber die Heranziehung von Vermögen in dieser Weise begrenzt, muss diese Vermögensgrenze im nachrangigen Elternunterhalt jedenfalls als Mindestgrenze angesehen werden¹.

➔ **Praxistipp:**

Es lohnt sich also, gerade auch beim Vermögen genau vorzutragen. Angesichts dessen, dass das pflichtige Kind nach dem BGH bis zur Grenze des Luxus keine Einschränkung seines Lebensstils hinnehmen muss, kann immer damit argumentiert werden, dass es seinen Lebensstil eben auch auf das Vorhandensein bestimmter Vermögenswerte und ggf. daraus fließender Erträge eingestellt hat, ganz abgesehen davon, dass natürlich immer zu prüfen ist, ob das pflichtige Kind das Vermögen als zusätzliche Altersvorsorge braucht.

Die **sozialhilferechtlichen Vorschriften** zum Schonvermögen (früher § 88 BSHG, jetzt § 90 SGB XII) spielen insofern eine Rolle, als dem unterhaltspflichtigen Kind jedenfalls nicht weniger als das sozialrechtlich akzeptierte Einkommen und Vermögen verbleiben soll². 1565

➔ **Praxistipp:**

Eine sozialhilferechtliche Vergleichsberechnung muss also nur dann durchgeführt werden, wenn die sozialhilferechtlichen Schonbeträge den nach Unterhaltsrecht dem unterhaltspflichtigen Kind zu belastenden Betrag übersteigen³.

Ist Vermögen über das Schonvermögen hinaus vorhanden, muss dieses verrentet werden. Sachgerecht dürfte es sein, das Kapital über die Lebenserwartung des pflichtigen Kindes zu verrenten, sofern dieses bereits eine Rente bezieht. Anderenfalls ist auf die Lebenserwartung des berechtigten Elternteils abzustellen, weil das pflichtige Kind das Kapital bis zur Verrentung auch vollständig verbrauchen könnte⁴. 1565a

d) Vorrangige Unterhaltsverpflichtungen

Die nach § 1609 BGB gegenüber dem Elternunterhalt vorrangigen Unterhaltsverpflichtungen sind bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit vorab in Abzug zu bringen. Nach § 1609 Nr. 6 BGB befindet sich der Anspruch auf Elternunterhalt im **sechsten Rang**. Den Eltern gehen alle minderjährigen und privilegierten volljährigen Kinder, alle Kinder betreuenden Elternteile und unterhaltsberechtigten Ehegatten, volljährige Kinder sowie Enkel und weitere Abkömmlinge vor. Reicht das Einkommen des unterhalts-

1 *Hauß*, Elternunterhalt, Rn. 128a.

2 BVerfG v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1051.

3 BGH v. 30.8.2006 – XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511 = FamRB 2006, 327.

4 OLG Düsseldorf v. 27.10.2010 – II-8 UF 38/10, FamRZ 2011, 982 = FamRB 2011, 103 m. Anm. *Hauß*, Rechtsbeschwerde ist eingelegt: XII ZR 150/10.

pflichtigen Kindes nicht aus, um die Unterhaltsansprüche der vorstehend genannten vorrangig Berechtigten zu befriedigen, gehen die Eltern leer aus.

aa) Kinder

- 1567 Schuldet das unterhaltspflichtige Kind seinen eigenen Kindern Barunterhalt, mindert der geschuldete Betrag seine Leistungsfähigkeit. Liegt über den Kindesunterhalt ein Titel vor, ist der titulierte Betrag abzuziehen.
- 1568 Lebt die Familie noch zusammen, wird nur Familienunterhalt geschuldet. Gleichwohl bestimmt die Rechtsprechung den Unterhaltsbedarf der Kinder auch in diesen Fällen überwiegend nach den Unterhaltstabellen der Oberlandesgerichte¹. Teilweise wird vertreten, dass die **Tabellenbeträge** noch angemessen zu erhöhen sind². Nach den Empfehlungen des 13. Deutschen Familiengerichtstages soll bei minderjährigen Kindern im Haushalt des Unterhaltspflichtigen Barunterhalt in bedarfsdeckender Höhe, mindestens aber 150 % des früheren Regelbetrags, und ggf. eine angemessene Betreuungspauschale in Abzug gebracht werden können³.
- 1569 Verdienen beide Elternteile, ist der Unterhaltsbedarf des Kindes anhand der Tabellen – ungeachtet etwaiger Erhöhungsbeträge – aus dem zusammengerechneten Nettoeinkommen beider Elternteile zu ermitteln und entsprechend dem Verhältnis ihrer Nettoeinkünfte zu **quoteln**⁴. Abgezogen werden kann nur der auf den Unterhaltsverpflichteten entfallende Betrag.

Beispiel:

Der Ehemann M verdient 3500 Euro, die Ehefrau F 2000 Euro. Zusammen verfügen sie also über 5500 Euro. Der Unterhaltsbedarf des gemeinsamen vierjährigen Sohnes S beläuft sich somit nach der Düsseldorfer Tabelle v. 1.1.2011 auf 508 Euro bzw. abzüglich des Kindergeldes auf 416 Euro. Vom Einkommen der Eltern ist zunächst jeweils ein angemessener Sockelbetrag⁵ iHv. 1150 Euro in Abzug zu bringen. Danach verbleiben bei M 2350 Euro und bei F 850 Euro. Das sind zusammen 3200 Euro. M haftet folglich für den Unterhalt von S mit 306 Euro ($416 \times 2350 : 3200$) und F mit 110 Euro ($416 \times 850 : 3200$). Das um den Kindesunterhalt bereinigte Nettoeinkommen von M beträgt somit 3194 Euro ($3500 - 306$) und von F 1890 Euro ($2000 - 110$).

- 1570 Ein nachweisbarer **besonderer Bedarf der Kinder** (Musikunterricht, teure Sportaktivitäten, Nachhilfekosten etc.) ist ggf. gesondert zu begründen.

1 BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107; LG Bielefeld v. 17.12.1997 – 1b S 169/97, FamRZ 1999, 399.

2 OLG Oldenburg v. 12.3.1991 – 12 UF 141/90, FamRZ 1991, 1347; *Günther*, FF 1999, 172 ff.

3 Abgedruckt in: FamRZ 2000, 274.

4 LG Detmold v. 2.7.1997 – 2 S 241/96, FamRZ 1998, 47; aA LG Osnabrück v. 20.3.1996 – 11 S 202/95, FamRZ 1996, 1494.

5 Wendl/Dose/*Klinkhammer*, § 2 Rn. 426: bei bescheidenen Einkünften der notwendige Selbstbehalt iHv. 950 Euro.

bb) Ehegatte**(1) Gescheiterte Ehe**

Ist die Ehe gescheitert und muss das pflichtige Kind Ehegattenunterhalt zahlen, ist der **geschuldete bzw. der titulierte Unterhaltsbetrag** in Abzug zu bringen. Hat umgekehrt das unterhaltspflichtige Kind einen Unterhaltsanspruch gegen seinen Ehegatten, gilt gegenüber den Eltern auch der Unterhalt als Einkommen, dh. das Kind muss auch hiervon Unterhalt an seine Eltern zahlen, vorausgesetzt, es ist leistungsfähig und sein eigener angemessener Unterhalt ist nicht gefährdet¹. 1571

(2) Intakte Ehe

Leben die Eheleute noch zusammen, besteht wiederum nur ein Anspruch auf **Familienunterhalt** nach §§ 1360, 1360a BGB. Auch wenn dieser Anspruch grundsätzlich nicht auf einen Geldbetrag gerichtet ist, kann er doch zumindest im Fall der Konkurrenz mit anderen Unterhaltsansprüchen in Geldbeträgen veranschlagt und auf die einzelnen Familienmitglieder aufgeteilt werden². Die Höhe des Familienunterhalts bestimmt sich nicht nach Mindestbeträgen, sondern nach den jeweils individuell zu bestimmenden ehelichen Lebensverhältnissen, wobei § 1578 BGB als Orientierungshilfe herangezogen werden kann³. 1572

➔ Praxistipp:

Der Unterhaltsbedarf des Ehegatten kann also im Ergebnis auch bei der intakten Ehe wie der Unterhaltsbedarf des getrenntlebenden oder geschiedenen Ehegatten ermittelt werden.

Dem Ehegatten muss aber immer mindestens der sich aus den Leitlinien der Oberlandesgerichte ergebende Selbstbehalt bleiben⁴. 1573

➔ Wichtig:

Waren die **ehelichen Lebensverhältnisse** durch den **Elternunterhalt geprägt**, ist der geschuldete Elternunterhalt in Abzug zu bringen, bevor der Unterhaltsanspruch des Ehegatten ermittelt wird⁵. Weiterhin dürften nach dem Eintritt der Prägung begründete Verbindlichkeiten nicht abzugsfähig sein⁶, sofern sie vermeidbar sind.

1 Vgl. *Günther*, FF 1999, 172 ff. mwN.

2 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

3 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

4 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

5 BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

6 BGH v. 19.3.2003 – XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179 = FamRB 2003, 280 und FamRB 2003, 282.

- 1574 Eine derartige Prägung der ehelichen Lebensverhältnisse liegt sicher dann vor, wenn zum Zeitpunkt der Hochzeit bereits **Unterhalt gezahlt** wurde. Aber auch, wenn noch kein Unterhalt an die Eltern geleistet wurde, kann die Ehe zumindest **latent** durch den Anspruch auf Elternunterhalt **geprägt** gewesen sein. Das soll dann der Fall sein, wenn sich die Pflegebedürftigkeit des Elternteils längerfristig abgezeichnet hat und die Unterhaltspflicht absehbar war¹. Die Unterbringung in einem Heim wegen Pflegebedürftigkeit soll nach dem BGH allerdings meist nicht vorhersehbar sein². Dagegen ist nach Meinung des BGH vorhersehbar, dass ein Elternteil mit Beginn des Rentenbezugs bedürftig wird, weil seine Rente nicht ausreicht³.

➔ **Wichtig:**

Maßgeblich für den **Beginn der Latenzphase** ist nicht unbedingt der Tag der Hochzeit. Die Prägung der ehelichen Lebensverhältnisse kann vielmehr zu jedem beliebigen Zeitpunkt eintreten, je nachdem, ab wann die zukünftige Unterhaltsbedürftigkeit des Elternteils erkennbar wird⁴.

- 1575 Allerdings muss dem Ehegatten auch dann, wenn die Ehe durch eine bereits vorhandene oder latente Unterhaltslast geprägt war, immer zumindest der Selbstbehalt verbleiben, um unangemessene Ergebnisse zu vermeiden⁵.

➔ **Wichtig:**

Unterdessen hat der BGH entschieden, dass bei unteren und mittleren Einkommen des pflichtigen Kindes der Elternunterhalt nicht als prägende Last vorweg abzuziehen ist, weil bzw. insoweit sonst der angemessene Unterhalt des Ehegatten gefährdet wäre. Ein unteres oder mittleres Einkommen soll vorliegen, wenn der Ehegattenunterhalt nach Quoten zu berechnen ist⁶.

- 1575a Zu beachten ist, dass sich in den Fällen der Prägung der ehelichen Lebensverhältnisse durch den Unterhaltsanspruch eines Elternteils rechnerisch eine erhöhte Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes ergeben kann. Übersteigt diese Erhöhung die aus dem Zusammenleben mit dem Gatten resultierenden Ersparnisse, muss stets geprüft werden, ob nicht eine unzulässige Inanspruchnahme von Einkünften des Schwie-

1 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

2 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

3 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

4 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792 = FamRB 2004, 213; BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

5 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239; BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

6 BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 = FamRB 2010, 295; *Günther*, FamFR 2010, 433.

gerkinds vorliegt. Die Ersparnis des Zusammenlebens ist durch die Differenz der Selbstbehalte von zwei Alleinlebenden zum Selbstbehalt Zusammenlebender (3000 – 2700 Euro) gekennzeichnet. Diese Differenz steht den zusammenlebenden Gatten zu je $\frac{1}{2}$ zu. Durch die Heirat eines unterhaltspflichtigen Kindes kann daher dessen unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit um nicht mehr erhöht werden als um 150 Euro.

(a) Pflichtiges Kind Hauptverdiener

Ist das unterhaltspflichtige Kind der Hauptverdiener, schuldet es seinem Ehegatten gem. §§ 1360, 1360a BGB Familienunterhalt, der nach den vorstehend ausgeführten Grundsätzen zu bemessen ist. Für den Fall, dass das pflichtige Kind mehr verdient als sein Ehegatte, hat der BGH nunmehr entschieden, wie sich die Leistungsfähigkeit des pflichtigen Kindes unter Berücksichtigung der Unterhaltslast gegenüber seinem Ehegatten berechnet¹. Der BGH gibt folgendes Beispiel vor:

Beispiel:

Der gegenüber seinem Vater unterhaltspflichtige Ehemann M verdient 3000 Euro, seine Frau F 1000 Euro. Zu rechnen ist dann nach dem BGH wie folgt:

Einkommen M	3000,00 Euro
Einkommen F	1000,00 Euro
Familieneinkommen	4000,00 Euro
./. Familienselbstbehalt	<u>2450,00 Euro</u>
	1550,00 Euro
./. 10 % Haushaltsersparnis	155,00 Euro
	1395,00 Euro
davon $\frac{1}{2}$	697,50 Euro
zzgl. Familienselbstbehalt	2450,00 Euro
individueller Familienbedarf	3147,50 Euro
Anteil pflichtiges Kind (75 %)	2360,63 Euro
Einkommen pflichtiges Kind	3000,00 Euro
./. Anteil pflichtiges Kind	2360,63 Euro
leistungsfähig für Elternunterhalt	639,37 Euro

Vereinfacht kann der individuelle Familienbedarf auch ermittelt werden, indem man zum Familienselbstbehalt, also 2450 Euro, einen Betrag iHv. 45 % des nach Abzug des Familienselbstbehalts verbleibenden Betrags, also 45 % von 1550 Euro, nämlich 697,50 Euro, hinzu addiert (2450,00 Euro + 697,50 Euro = 3147,50 Euro). 1576a

Denkbar ist, dass dem unterhaltspflichtigen Kind letztlich weniger Geld zur Verfügung steht als seinem Ehegatten, da es von seinem hälftigen Anteil an dem ehelichen Gesamteinkommen noch Unterhalt an seine Eltern zahlen muss. Nach der Rechtsprechung des BGH ist das aber nicht ungerecht, sondern Folge dessen, dass das unterhaltspflichtige Kind gegenüber seinen Eltern nicht den cheangemessenen Unterhalt, sondern nur den 1577

¹ BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 m. Anm. Hauß = FamRB 2010, 295; OLG Celle v. 2.11.2010 – 10 UF 176/10, FamRZ 2011, 984.

ihm gegenüber seinen Eltern zustehenden Selbstbehalt geltend machen kann¹.

- 1578 Ist auch der Ehegatte erwerbstätig und betreut er neben seiner Erwerbstätigkeit noch minderjährige Kinder, stellt sich die Frage, ob bei der Bemessung seines Unterhaltsanspruchs sein Einkommen zum Teil als **überobligatorisch** außer Betracht zu bleiben hat. Der BGH hat dazu festgestellt, dass zwar der Rechtsgedanke des § 1577 Abs. 2 BGB zur Beurteilung dieser Frage herangezogen werden kann, dass aber die Erwerbstätigkeit des Ehegatten neben der Kinderbetreuung bei einer intakten Ehe in einem weiteren Umfang als bei der gescheiterten Ehe als zumutbar angesehen werden muss, weil der Ehegatte durch seinen Partner bei der Betreuung der Kinder entlastet wird².

➔ Wichtig:

Unklar ist, ob die in der Entscheidung des BGH v. 28.7.2010 dargestellte Berechnungsmethode entsprechend dem Leitsatz tatsächlich nur auf den Fall anwendbar ist, dass das pflichtige Kind über höhere Einkünfte als sein Ehegatte verfügt, oder ob mit der vom BGH in der vorgenannten Entscheidung entwickelten Berechnungsmethode nicht auch der umgekehrte Fall oder andere komplexe Konstellationen des Elternunterhalts angemessen gelöst werden können. Nach zutreffender Meinung ist das der Fall³.

Beispiel⁴:

Einkommen pflichtiges Kind	800,00 Euro
Einkommen Ehegatte	2100,00 Euro
Familieneinkommen	2900,00 Euro
Anteil pflichtiges Kind am Familieneinkommen 28 %	
./. Familienselbstbehalt	2500,00 Euro
Resteinkommen	400,00 Euro
Selbstbehaltzuschlag: $400,00 \times 45 \%$	180,00 Euro
Individueller Familienselbstbehalt	2680,00 Euro
Anteil pflichtiges Kind: $2680,00 \times 28 \%$	750,40 Euro
Leistungsfähigkeit pflichtiges Kind: $800,00 - 750,40$	49,60 Euro

(b) Pflichtiges Kind mit geringfügigem Einkommen

- 1579 Verfügt das unterhaltspflichtige Kind nur über ein geringfügiges Einkommen unterhalb des Selbstbehalts, stellt sich die Frage, ob es gleichwohl Elternunterhalt zahlen muss. Würde man allein auf sein Einkommen abstellen, wäre es nicht leistungsfähig. Berücksichtigt man dagegen den Anspruch des unterhaltspflichtigen Kindes auf Familienunterhalt, kann es je nach Einzelfall zur Leistungsfähigkeit kommen. Zu dieser unter der

1 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

2 BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

3 Hauß, FamRB 2010, 315; Gutdeutsch, FamRZ 2010, 77; aA Günther, FamFR 2010, 433.

4 Nach Hauß, FamRB 2010, 315.

Bezeichnung „**verdeckte Schwiegersohnhaftung**“ diskutierten Problematik hat der BGH ebenfalls Stellung genommen. Danach ist der Ehegatte des unterhaltspflichtigen Kindes nicht verpflichtet, sich zugunsten seiner Schwiegereltern in seiner Lebensführung einzuschränken, da er außerhalb des Unterhaltsschuldverhältnisses steht¹. Daraus folgt allerdings nicht, wie man zunächst glauben könnte, dass es nur auf das Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes ankommt.

Vielmehr kann nach Meinung des BGH der dem unterhaltspflichtigen Kind zu belassende **angemessene Selbstbehalt** auch durch den **Familienunterhalt** gewahrt werden. Die Höhe des anzusetzenden Familienunterhalts ist vom Tatrichter nach den im Einzelfall maßgeblichen Verhältnissen, insbesondere der Lebensstellung, dem Einkommen und Vermögen sowie dem sozialen Rang der Eheleute zu bestimmen. Zu dem auf diese Weise bestimmten Familienunterhalt haben die Ehegatten nach dem Verhältnis ihrer bereinigten Nettoeinkünfte beizutragen. Muss danach das unterhaltspflichtige Kind nicht sein gesamtes Einkommen für den Familienunterhalt einsetzen, muss es den verbleibenden Rest für den Elternunterhalt verwenden, und zwar in voller Höhe². Gleichwohl wird der nicht unterhaltspflichtige Ehegatte, also das Schwiegerkind, nach Meinung des BGH nicht zum Unterhalt herangezogen, und zwar auch nicht mittelbar, weil sein eigener angemessener Familienunterhalt gedeckt ist und er auch die Schmälerung des Einkommens seines Ehegatten, also des pflichtigen Kindes, nicht kompensieren muss, da auch dessen angemessener Unterhalt gedeckt ist³. 1580

Voraussetzung für die Inanspruchnahme des wenig verdienenden Kindes ist aber immer, dass dieses nicht sein gesamtes Einkommen für den Familienunterhalt einsetzen muss. Dazu kann es vor allem in zwei Konstellationen kommen: 1581

- der Ehegatte verdient so gut, dass das Gesamteinkommen beider Eheleute den tatrichterlich festzustellenden Familienbedarf deutlich überschreitet⁴.

1 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107; BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239.

2 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142; OLG Karlsruhe v. 7.7.2005 – 16 UF 50/05, OLGReport 2006, 384.

3 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107; BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73.

4 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73.

- die Einkommensverhältnisse sind durchschnittlich, aber die Eheleute bilden davon zum Teil unterhaltsrechtlich nicht zu akzeptierendes Vermögen¹.
- 1582 Besonders gute Einkommensverhältnisse im Sinne der ersten Fallgruppe sollen vorliegen, wenn das bereinigte Einkommen der Ehegatten den doppelten Selbstbehalt erreicht oder wenn es im Bereich der letzten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle liegt².
- 1583 Sind die Einkommensverhältnisse nur durchschnittlich, darf der Tatrichter gleichwohl nicht einfach vermuten, dass die Eheleute ihr gesamtes Einkommen zur Finanzierung ihrer Lebensführung verwenden, sondern muss konkret feststellen, ob und inwieweit ein Teil des Einkommens der Vermögensbildung dient³. Soweit die Vermögensbildung nicht in der Finanzierung eines Eigenheims besteht oder einer angemessenen zusätzlichen Altersabsicherung dient, ist sie unterhaltsrechtlich nicht zu akzeptieren und kann somit zur Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt führen⁴.

➔ **Wichtig:**

Die Darlegungs- und Beweislast, wie sich der Familienunterhalt gestaltet und wofür das Einkommen im Einzelnen verwendet wird, liegt beim unterhaltspflichtigen Kind⁵. Es ist daher genau vorzutragen und sauber Beweis anzutreten.

- 1584 Rechnerisch ist in beiden Fällen wie folgt vorzugehen: Zunächst muss der angemessene Familienbedarf ermittelt und durch zwei geteilt werden⁶. Dann sind die bereinigten Nettoeinkünfte beider Ehegatten zueinander ins Verhältnis zu setzen, um zu ermitteln, mit welchem Betrag sich jeder Ehegatte am Familienunterhalt beteiligen muss. Dieser Betrag ist vom Einkommen des pflichtigen Ehegatten abzuziehen. Verbleibt danach ein überschießender Betrag, muss dieser für den Elternunterhalt verwendet werden:

Beispiel:

Der Ehemann M verdient 5200 und die pflichtige Ehefrau F 800 Euro. Insgesamt verfügen die Eheleute also über Einkünfte von 6000 Euro. Zu den Gesamteinkünf-

1 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107.

2 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107.

3 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142.

4 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142.

5 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107; OLG Hamm v. 2.11.2004 – 3 UF 263/00, FamRZ 2005, 193 = FamRB 2002, 37; OLG Hamm v. 22.11.2004 – 8 UF 411/00, FamRZ 2005, 1193.

6 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73.

ten trägt M 87 % (5200 ./ 6000 × 100) und F 13 % bei. Der vom Tatrichter festgestellte angemessene Familienbedarf beläuft sich auf 5000 Euro. F muss zur Deckung dieses Bedarfs von ihren Einkünften 13 %, also 650 Euro, einsetzen. Von ihrem Einkommen iHv. 800 Euro stehen ihr also noch 150 Euro frei zur Verfügung, die sie für den Unterhalt ihrer Eltern verwenden muss.

Unabhängig von den beiden gerade erläuterten Konstellationen kann der eigentlich nicht leistungsfähige Ehegatte nach Meinung des BGH noch in zwei weiteren Fällen doch leistungsfähig werden, nämlich: 1585

- wenn er sein geringfügiges Einkommen tatsächlich für sich verwenden kann, etwa weil er schon durch die Haushaltsführung seine Pflicht, zum Familienunterhalt beizutragen, erfüllt¹
- wenn er sein geringfügiges Einkommen zwar tatsächlich für den Familienunterhalt einsetzt, dieses aber wegen der ebenfalls übernommenen Haushaltsführung nicht müsste **und** dadurch ein erhebliches Missverhältnis zwischen den beiderseitigen Beiträgen zum Familienunterhalt entsteht².

(c) Pflichtiges Kind ohne Einkommen

Verfügt das unterhaltspflichtige Kind über kein Einkommen, kann es nach Meinung des BGH gleichwohl zumindest teilweise leistungsfähig für die Zahlung von Elternunterhalt sein, nämlich insoweit sein **Anspruch auf Taschengeld** nicht zur Deckung seines angemessenen Unterhaltsbedarfs benötigt wird³. Taschengeld ist grundsätzlich unterhaltspflichtiges Einkommen und muss daher auch für den Elternunterhalt eingesetzt werden, sofern der angemessene Selbstbehalt gewahrt bleibt⁴. Ausreichend ist auch hier, dass der angemessene Selbstbehalt durch den Familienunterhalt gedeckt ist⁵. Ist bei sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen der allgemeine Bedarf gedeckt, ist es aus Sicht des BGH nicht zu beanstanden, wenn das Taschengeld jedenfalls zur Hälfte für den Elternunterhalt eingesetzt werden muss⁶. Der Taschengeldanspruch beträgt etwa 5 % des bereinigten Nettoeinkommens des erwerbstätigen Ehegatten. Die sozialhilferechtlichen Mindestbeträge sind nach Auffassung des BGH für die Höhe des Taschengeldes nicht maßgeblich⁷. Der Taschengeldrechtsprechung ist in der Praxis indessen mit erheblichen Vorbehal-

1 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107.

2 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212: Missverhältnis verneint bei geringfügiger Beschäftigung der Ehefrau neben Haushaltsführung für Ehemann und volljähriges Kind, während Ehemann neben abhängiger Arbeit noch selbständig tätig war; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107.

3 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73.

4 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73.

5 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73.

6 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73.

7 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73.

ten zu begegnen: Hat das Schwiegerkind ein anrechenbares Einkommen von zB 6000 Euro, betrüge der Taschengeldanspruch ca. 300 Euro. Wird davon noch Unterhalt verlangt, hätte der taschengeldberechtigte Erwachsene letztendlich weniger Taschengeld zur Verfügung, als einem Schüler zustünde. Ob das tatsächlich gerechtfertigt ist, erscheint mehr als fragwürdig. Zu Recht spielt daher die Taschengeldrechtsprechung in der Praxis kaum eine Rolle.

➔ **Praxistipp:**

Die Grundsätze der sog. **Hausmannrechtsprechung**¹ gelten beim Elternunterhalt nicht, weil keine gesteigerte Unterhaltungspflicht besteht. Das verheiratete unterhaltspflichtige Kind kann daher nicht darauf verwiesen werden, eine Neben- oder Erwerbstätigkeit aufzunehmen, um dem Anspruch seiner Eltern auf Unterhalt nachkommen zu können, jedenfalls sofern es seine Pflicht, zum Familienunterhalt beizutragen, durch die Führung des Haushalts erfüllt².

(d) Doppelverdienerhe

- 1587 Für die **Doppelverdienerhe** gelten die vorgenannten Grundsätze entsprechend. Auch hier kann der pflichtige Ehegatte also auch dann leistungsfähig sein, wenn sein Einkommen unter dem Mindestselbstbehalt liegt, sofern sein angemessener Unterhalt durch den Familienunterhalt gewährleistet ist³. Wird das Einkommen des unterhaltspflichtigen Ehegatten in voller Höhe für den Familienunterhalt verbraucht, ist er gleichwohl dann leistungsfähig, wenn sein Einkommen seinen angemessenen Selbstbehalt übersteigt, wobei es in diesem Fall, wie auch sonst, gerechtfertigt sein kann, nur die Hälfte des den Mindestselbstbehalt übersteigenden Einkommens für den Elternunterhalt heranzuziehen⁴ (vgl. Rn. 1579 ff., und 1550 ff.).

cc) Unverheiratete Mutter, § 1615l BGB

- 1588 Auch der Anspruch der unverheirateten Mutter auf Betreuungsunterhalt nach § 1615l BGB ist gegenüber dem Anspruch auf Elternunterhalt vorrangig. Ggf. ist daher das Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes um den nach § 1615l BGB geschuldeten bzw. titulierten Betrag zu bereinigen.

4. Mehrere Unterhaltsschuldner und Ersatzhaftung

- 1589 Kommen mehrere Personen als Unterhaltsschuldner in Betracht, bestimmt sich das **Rangverhältnis** nach §§ 1601, 1606, 1608 BGB.

1 BGH v. 11.2.1987 – IVb ZR 81/85, FamRZ 1987, 472; BGH v. 7.11.1990 – XII ZR 123/89, FamRZ 1991, 182; BGH v. 19.11.1997 – XII ZR 1/96, FamRZ 1998, 286.

2 OLG Köln v. 29.9.1999 – 27 UF 87/99, FamRZ 2001, 437; Müller, Anm. zu OLG Frankfurt v. 20.6.2000 – 3 UF 122/99, FamRZ 2002, 570.

3 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142.

4 BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142.

a) Ehegatte des bedürftigen Elternteils

Vor jeglichen Verwandten haftet nach § 1608 BGB der **Ehegatte** des bedürftigen Elternteils, allerdings nur, sofern nicht sein eigener angemessener Unterhalt gefährdet wird¹. Sind keine Verwandten vorhanden oder diese nicht leistungsfähig, haftet der Ehegatte verschärft, indem er auf den billigen² oder notwendigen Selbstbehalt³ beschränkt wird. Die vorrangige Haftung des Ehegatten greift auch dann, wenn ihm nur fiktive Einkünfte zuzurechnen sind⁴. 1590

Beispiel:

M verfügt über ein Einkommen von 2500 Euro. Seine Ehefrau F hat kein Einkommen und ist im Heim. Die ungedeckten Heimkosten belaufen sich auf 1500 Euro. Der gemeinsame Sohn S verdient 1900 Euro, ist also iHv. 200 Euro (1900 – 1500 = 400 : 2) leistungsfähig. M haftet vorrangig iHv. 1072 Euro (3/7 × 2500). iHv. 200 Euro muss S für die Heimkosten von M aufkommen. Für den Restbedarf von F iHv. 228 Euro haftet M nach Billigkeit.

b) Verwandte des bedürftigen Elternteils

Sind mehrere leistungsfähige und in gerader Linie **Verwandte** des bedürftigen Elternteils vorhanden, haften nach § 1606 Abs. 1 BGB die Abkömmlinge vor den Verwandten der aufsteigenden Linie, also für den Elternunterhalt die Kinder vor den Großeltern. Unter den Abkömmlingen und Verwandten einer Linie haften wiederum nach § 1606 Abs. 2 BGB die näheren vor den entfernteren Verwandten, also für den Elternunterhalt die Kinder vor den Enkelkindern und – theoretisch – die Großeltern vor den Urgroßeltern. 1591

c) Gleich nahe Verwandte

Mehrere gleich nahe Verwandte, also insbesondere **Geschwister**, haften nicht als Gesamtschuldner, sondern entsprechend § 1606 Abs. 3 BGB anteilig nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen⁵. 1592

Beispiel:

Der ungedeckte Bedarf des Vaters beträgt 1000 Euro. Seine Tochter T verdient 2700 Euro, sein Sohn S 2200 Euro monatlich. T kann also 600 Euro (2700 – 1500 =

1 OLG Düsseldorf v. 21.8.2001 – 1 UF 63/01, FamRB 2002, 69 = NJW 2002, 1353; OLG Oldenburg v. 12.2.1991 – 12 UF 136/90, FamRZ 1991, 1090; OLG Köln v. 8.6.1889 – 10 UF 40/89, FamRZ 1990, 54; OLG Zweibrücken v. 29.10.1986 – 2 UF 56/86, FamRZ 1987, 590.

2 Wendl/Dose/Wönne, § 2, Rn. 906.

3 OLG Köln v. 8.6.1889 – 10 UF 40/89, FamRZ 1990, 54. Beschränkung auf den notwendigen Selbstbehalt geht aber wohl zu weit, vgl. Wendl/Dose/Wönne, § 2, Rn. 906.

4 OLG Oldenburg v. 12.2.1991 – 12 UF 136/90, FamRZ 1991, 1090.

5 BGH v. 28.7.2010 – XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535 = FamRB 2010, 295; BGH v. 19.2.2003 – XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 = FamRB 2003, 239; OLG Celle v. 2.11.2010 – 10 UF 176/10, FamRZ 2011, 984.

1200 : 2) und S 350 Euro ($2200 - 1500 = 700 : 2$) für den Unterhalt des Vaters einsetzen. Insgesamt stehen folglich 950 Euro für den Unterhalt des Vaters zur Verfügung. Der Haftungsanteil von T beträgt somit 632 Euro ($1000 \times 600 : 950$). Der Haftungsanteil von S beläuft sich auf 368 Euro ($1000 \times 350 : 950$).

- 1593 Von einer exakten Quotierung kann nur dann abgesehen werden, wenn klar absehbar ist, dass das Geschwister mit dem höheren Einkommen nicht weitergehend in Anspruch genommen wird, als es seinem nach Kopfteilen ermittelten Anteil entspricht¹.

➔ **Praxistipp:**

Einschlägig hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit ist § 2 Abs. 1 FamFG (eine dem § 36 Abs. 1 Nr. 5 ZPO entpr. Regelung kennt das FamFG nicht [mehr])².

d) Ersatzhaftung

- 1594 Fällt ein vorrangig haftender Verwandter wegen **Leistungsunfähigkeit** aus, ist gem. § 1607 Abs. 1 BGB der nachrangig haftende Verwandte verpflichtet, Unterhalt zu gewähren. Ein Regressanspruch besteht nicht, da der eigentlich vorrangig haftende Verwandte mangels Leistungsfähigkeit materiell-rechtlich nicht unterhaltspflichtig ist. Fällt dagegen ein vorrangig haftender Verwandter aus, weil die **Rechtsverfolgung** im Inland **ausgeschlossen** oder erheblich **erschwert** ist, muss der nachrangig haftende Verwandte zwar ebenfalls Unterhalt zahlen. Ihm steht in diesem Fall aber gem. § 1607 Abs. 2 BGB gegen den vorrangig haftenden Verwandten ein Regressanspruch zu, da der Ausfall des vorrangig haftenden Verwandten nicht auf dem Fehlen einer materiell-rechtlichen Unterhaltspflicht beruht³.

Beispiel:

Der ungedeckte Bedarf des Vaters V beträgt 900 Euro. Seine Tochter T verdient 3000 Euro. T ist also leistungsfähig iHv. 750 Euro ($3000 - 1500 = 1500 : 2$). Ihr Sohn E verdient 2500 Euro. Er ist somit leistungsfähig iHv. 500 Euro ($2500 - 1500 = 1000 : 2$). T haftet als nähere Verwandte vorrangig. Sie zahlt jedoch nur 600 Euro. Hinsichtlich der weiteren geschuldeten 150 Euro entzieht sie sich erfolgreich der Vollstreckung. Das Sozialamt nimmt deswegen für den Restbedarf iHv. 300 Euro E in Anspruch. Da T iHv. weiteren 150 Euro leistungsfähig gewesen wäre, kann E insoweit bei T Regress nehmen, mangels darüber hinaus gehender Leistungsfähigkeit von T aber nicht hinsichtlich der weiteren von ihm geschuldeten 150 Euro.

- 1595 Eine entsprechende Regelung trifft § 1608 BGB unter Verweis auf § 1607 Abs. 2 und 4 BGB für den Fall, dass der vorrangig haftende **Ehegatte** wegen Leistungsunfähigkeit oder Erschwerung der Rechtsverfolgung aus-

1 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 = FamRB 2004, 73; BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 63/00, FamRZ 2004, 186 = FamRB 2004, 144.

2 OLG Hamm v. 17.10.2002 – 2Sdb (FamS) Zust. 12/02, FamRB 2003, 152.

3 OLG Karlsruhe v. 18.12.1990 – 18 UF 117/89, FamRZ 1991, 971; AG Bad Homburg v. 2.12.1998 – 9 F 423/98, FamRZ 1999, 1450.

fällt. Analog anzuwenden ist § 1607 Abs. 2 BGB bei der Haftung mehrerer gleich naher leistungsfähiger Verwandter, also wiederum vor allen Dingen, wenn mehrere leistungsfähige **Geschwister** vorhanden sind.

Grundsätzlich ausgeschlossen ist nach § 1611 Abs. 3 BGB die Ersatzhaftung, wenn der Unterhaltsberechtigte seinen Unterhaltsanspruch nach § 1611 Abs. 1 BGB **verwirkt** hat, da der Unterhaltsberechtigte gegenüber dem Ersatzhaftenden nicht besser gestellt sein kann als gegenüber dem eigentlich Unterhaltspflichtigen¹. Folgt die Verwirkung aus § 1579 BGB, ist nach herrschender Meinung (mit Ausnahme der Verwirkung nach § 1579 Nr. 1 BGB) § 1611 Abs. 3 BGB analog anzuwenden². 1596

Dagegen schließt ein **wirksamer Unterhaltsverzicht** zwischen Ehegatten die Haftung nachrangig unterhaltspflichtiger Verwandten idR nicht aus³. Ist allerdings zum Zeitpunkt des Verzichts absehbar, dass der Berechtigte bedürftig wird und Sozialleistungen in Anspruch nehmen muss, ist der Verzicht idR gem. §§ 138, 242 BGB unwirksam und kann damit auch den nachrangig Haftenden nicht entgegengehalten werden⁴. 1597

Die **Höhe des Anspruchs** bestimmt sich nach dem ursprünglichen Unterhaltsanspruch. Für die Frage der **Leistungsfähigkeit** und die Höhe des Selbstbehaltes ist dagegen auf die Verhältnisse des Ersatzhaftenden abzustellen⁵. **Rückständiger Unterhalt** kann nur unter den Voraussetzungen des § 1613 BGB verlangt werden. 1598

➔ **Praxistipp:**

Dem potentiell Regresspflichtigen sollte aus Gründen der Prozessökonomie immer der **Streit verkündet** werden, da dieser dann alle Einwendungen, wie Leistungsunfähigkeit usw., bereits im Ausgangsprozess erheben muss.

5. Darlegungs- und Beweislast

Für den **Unterhaltsbedarf** sowie die **Bedürftigkeit** ist der unterhaltsberechtigte Elternteil, in der Praxis also meist der klagende Sozialhilfeträger, darlegungs- und beweispflichtig. Ferner muss der unterhaltsberechtigte Elternteil bzw. der Sozialhilfeträger die Leistungsfähigkeit, also die Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorrangig haftender Ehegatten oder vorrangig haftender Verwandter oder weiterer gleichrangig haftender 1599

1 Wendl/Dose/Wönne, § 2, Rn. 907.

2 Wendl/Dose/Wönne, § 2, Rn. 907.

3 BGH v. 9.7.1992 – XII ZR 57/91, FamRZ 1992, 1403; OLG Hamm v. 26.9.2001 – 6 UF 14/01, FamRZ 2002, 693; aA OLG Frankfurt v. 24.1.1984 – 4 UF 165/83, FamRZ 1984, 395 (Verzicht wirkt nur zwischen Ehegatten, dh. nachrangige Verwandte können den bedürftigen Ehegatten auf seinen vorrangigen Anspruch gegen den anderen Ehegatten verweisen); Wendl/Dose/Wönne, § 2, Rn. 907.

4 BGH v. 17.9.1986 – IVb ZR 59/85, FamRZ 1987, 40.

5 OLG Oldenburg v. 14.12.1999 – 12 UF 149/99, FamRZ 2000, 688.

Verwandter bzw. deren fehlende Leistungsfähigkeit darlegen und beweisen¹. Nimmt der Elternteil bzw. Sozialhilfeträger nicht alle Kinder in Anspruch, ist er darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die nicht in Anspruch genommenen Kinder nicht leistungsfähig sind².

➔ **Praxistipp:**

Kommt der Sozialhilfeträger diesen Anforderungen nicht nach, kann zunächst Klageabweisung wegen Unschlüssigkeit beantragt werden. UU kann man dadurch umgehen, renitente Geschwister auf Auskunft zu verklagen. Ein Kostenrisiko besteht nicht, weil auch eine erst im Laufe des Prozesses schlüssig gewordene Klageforderung noch sofort i.S.v. § 93 ZPO anerkannt werden kann³. Allerdings ist zu beachten, dass unter bestimmten Voraussetzungen auf eine genaue Quotierung verzichtet werden kann (vgl. Rn. 1593).

- 1600 Das in Anspruch genommene Kind (oder der Ersatzhaftende) muss darlegen und beweisen, dass es **leistungsunfähig** oder nur eingeschränkt leistungsfähig ist⁴. Das umfasst die Pflicht darzulegen und zu beweisen, wie der Familienunterhalt gestaltet ist und wofür das Einkommen im Einzelnen verwendet wird⁵, was insbesondere wichtig ist, wenn unterhaltsberechtigter Kinder und Ehegatten vorhanden sind (vgl. Rn. 1566 ff.).

IV. Sonstige Fragen

1. Auskunft

- 1601 Grundsätzlich sind nach § 1605 Abs. 1 BGB nur **Verwandte in gerader Linie** verpflichtet, einander Auskunft über ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu erteilen, wobei der nachrangig Unterhaltsverpflichtete erst dann Auskunft erteilen muss, wenn feststeht, dass der vorrangig haftende Unterhaltspflichtige ganz oder teilweise leistungsunfähig ist⁶.
- 1602 Der BGH hat allerdings entschieden, dass auch auf Elternunterhalt in Anspruch genommene **Geschwister** voneinander Auskunft verlangen können, und zwar nach § 242 BGB, sofern sie anderenfalls den eigenen Haftungsanteil nicht errechnen können⁷. Ggf. müssen die Geschwister auch

1 OLG Frankfurt v. 24.1.1984 – 4 UF 165/83, FamRZ 1984, 395; OLG Hamm v. 4.7.1995 – 29 U 64/92, FamRZ 1996, 116; LG Kiel v. 15.11.1995 – 5 S 42/95, FamRZ 1996, 753; LG Detmold v. 2.7.1997 – 2 S 241/96, FamRZ 1998, 47.

2 BGH v. 7.5.2003 – XII ZR 229/00, FamRZ 2003, 1836 = FamRB 2004, 39.

3 BGH v. 7.5.2003 – XII ZR 229/00, FamRZ 2003, 1836 = FamRB 2004, 39.

4 LG Detmold v. 2.7.1997 – 2 S 241/96, FamRZ 1998, 47.

5 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 218/01, FamRZ 2004, 795 = FamRB 2004, 212; BGH v. 14.1.2004 – XII ZR 69/01, FamRZ 2004, 443 = FamRB 2004, 142; BGH v. 17.12.2003 – XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370 = FamRB 2004, 107.

6 LG Osnabrück v. 11.7.1984 – 1 S 251/84, FamRZ 1984, 1032.

7 BGH v. 7.5.2003 – XII ZR 229/00, FamRZ 2003, 1836 = FamRB 2004, 39.

zum Gesamtschuldnerausgleich unter Ehegatten, NJW 1989, 817; *Liebelt*, Die „Aufteilung“ der Einkommensteuererstattung zwischen getrenntlebenden oder geschiedenen Ehegatten – Zum internen Ausgleich unter zusammen zur Einkommensteuer veranlagten Ehegatten, FamRZ 1993, 626; *Maurer*, Zur Qualifikation arbeitsrechtlicher Abfindungen – Unterhaltsrecht oder Güterrecht?, FamRZ 2005, 757; *Münch*, Die Bewertung von Gesellschaftsbeteiligungen im Zugewinnausgleich, FamRB 2007, 375; *Münch*, Zum Verhältnis zwischen dem Zugewinnausgleich und der Abwicklung einer Ehegatteninnengemeinschaft, MittBayNot 2006, 423; *Muscheler*, Wertänderungen des privilegierten Erwerbs in der Zugewinnngemeinschaft, FamRZ 1998, 265; *Olbrich*, Unternehmensbewertung im Zugewinnausgleich, DB 2008, 1483; *Peschel-Gutzeit*, Auskunftsansprüche Pro und Kontra Weshalb die Auskunftsansprüche im Familien- und Erbrecht unzulänglich sind, AnwBl 2003, 476; *Raube/Eitelberg*, Die Bewertung von Kapitallebensversicherungen im Zugewinnausgleich, FamRZ 1997, 1322; *Sasse*, Vorzeitiger Zugewinnausgleich bei fortbestehender Zugewinnngemeinschaft, BB 1998, 465; *Schmitz*, Zur Konkurrenz von Unterhalt und Zugewinnausgleich, FamRZ 2006, 1811; *Schröder*, Bewertungen im Zugewinnausgleich, 5. Aufl. 2011; *Schröder*, Eigentumsübertragung beim Zugewinnausgleich und § 23 EStG, FamRZ 2002, 1010; *Schröder*, Restitutionsansprüche und Zugewinnausgleich, FamRZ 2004, 785, FamRZ 2007, 1309; *Schröder*, Zur Übernahme eines Wohnrechts im Zusammenhang mit einer Zuwendung nach § 1374 Abs. 2 BGB, FamRZ 2007, 982; *Schulz*, Zur Doppelberücksichtigung von Vermögenspositionen beim Unterhalt und Zugewinn, FamRZ 2006, 1237; *Schwab*, Der Vermögensausgleich bei Trennung und Scheidung ein unbeackertes Reformfeld des Gesetzgebers?, Brühler Schriften zum Familienrecht, Elfter Deutscher Familiengerichtstags, S. 33; *Schwab*, Zugewinnausgleich und Wirtschaftskrise, FamRZ 2009, 1445; *Soyka*, Anm. zu BGH v. 28.9.2005, XII ZR 189/02, FuR 2006, 276; *Volmer*, Zur Frage der Annahme einer Ehegatteninnengemeinschaft im Rahmen des Zugewinnausgleichs, FamRZ 2006, 844; *Wever*, Eheliches Güter- und Vermögensrecht, FamRB 2006, 166; *Wever*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, FamRZ 2000, 993, FamRZ 2003, 565, FamRZ 2004, 1073, FamRZ 2005, 485, FamRZ 2006, 365, FamRZ 2007, 857, FamRZ 2008, 1485, FamRZ 2010, 237, FamRZ 2011, 413.

I. Arbeitshinweise

1. Arbeitstechnik bei Trennung und Scheidung

1. Güterstand erfragen: Zugewinnngemeinschaft
2. Stichtage:
 - Tag, an dem der Güterstand eingetreten ist
 - Tag der Trennung
 - Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags
 - Tag der Beendigung des Güterstands
3. Anfangsvermögen bestimmen
 - Auskunftsanspruch
 - auch negatives Anfangsvermögen
 - Hinzurechnung bei privilegiertem Erwerb

4. Endvermögen bestimmen
 - Auskunftsanspruch
 - auch negatives Endvermögen
 - Hinzurechnung bei illoyalen Vermögensminderungen
5. Zugewinn ermitteln
 - Scheingewinne durch Geldentwertung
 - Berücksichtigung von Zuwendungen unter Ehegatten
6. Begrenzung der Ausgleichsforderung, alternative Ausgleichsmöglichkeiten

2. Typische Problemfelder

1. Gemeinschaftliche Verbindlichkeiten, interne Haftungsquoten, Steuerschulden und Steuererstattungen
2. Miteigentumsverhältnisse
3. Bestimmung und Berücksichtigung von Haushaltsgegenständen
4. Privilegierte Zuwendungen untereinander und Zuwendungen Dritter (insbesondere Schwiegereltern)
5. Fällige, aber noch nicht erfüllte Unterhaltsverpflichtungen und Unterhaltsforderungen
6. Bewertungsmethoden
7. Illoyale Vermögensminderungen

II. Einführung, vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, Verfügungsbeschränkungen

1. Einführung

a) Zugewinnngemeinschaft

Ist der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft für die Eheleute maßgebend, so wird bei Ende der Zugewinnngemeinschaft der Zugewinn, den die Eheleute während der Dauer dieses Güterstands erzielen, ausgeglichen, § 1363 Abs. 2 S. 2 BGB. Beide Eheleute sollen bei Beendigung des Güterstands in gleicher Weise an den in der maßgeblichen Ehezeit erworbenen Vermögenswerten teilhaben. 1

Beim **Tod eines Ehegatten** wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch 2 verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten, der Erbe oder Vermächtnisnehmer des verstorbenen Ehegatten ist, **um ein Viertel erhöht**, § 1371 Abs. 1 BGB. Dabei kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich ein Zugewinn erzielt wurde, sog. erbrechtliche Lösung.

- 3 In allen anderen Fällen kommt es zunächst darauf an, ob während der Dauer des gesetzlichen Güterstands tatsächlich Zugewinne erzielt wurden. Dem Ehegatten, der den geringeren oder keinen Zugewinn erzielt hat, steht bei Ende der Zugewinnngemeinschaft ein schuldrechtlicher Anspruch in Höhe der Hälfte des Werts des vom anderen Ehegatten erzielten „Überschusses“ zu. Die Ermittlung des Ausgleichsanspruchs ist in den §§ 1372 bis 1390 BGB gesetzlich näher ausgestaltet. Grundsätzlich wird der Ausgleich erst mit dem Ende der Ehe vollzogen. Ein **vorzeitiger Zugewinnausgleich** und die **vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft** sind in Ausnahmefällen nach §§ 1385 und 1386 BGB möglich.

b) Gütertrennung

- 4 Bei der Gütertrennung nach § 1414 BGB ergeben sich keine güterrechtlichen Folgewirkungen für das während der Zeit dieses Güterstands erworbene Vermögen. Gütertrennung kann ausdrücklich durch Ehevertrag nach § 1408 BGB vereinbart werden. Gütertrennung tritt von Gesetzes wegen beim vorzeitigen Zugewinnausgleich (§ 1385 BGB) und bei der vorzeitigen Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft (§ 1386 BGB) gem. § 1388 BGB und bei Aufhebung der Gütergemeinschaft gem. §§ 1449, 1470 BGB ein.
- 5 Nicht selten werden aber bei Gütertrennung von einem Ehegatten vermögensrechtliche Ausgleichsansprüche gegen den anderen geltend gemacht, die ihrer Rechtsnatur nach in den allgemeinen Regeln des Zivilrechts begründet sind. Es handelt sich dabei um Familienstreitsachen nach §§ 112 Nr. 3 i.V.m. 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG. Zuständig für diese vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Ehegatten sind die Familiengerichte, §§ 23a Abs. 1 Nr. 1, 23b Abs. 1 GVG, 111 Nr. 10 FamFG. Wegen der Einzelheiten wird auf Kap. 10 (Nebengüterrecht) verwiesen.

c) Wahl-Zugewinnngemeinschaft

- 5a Deutschland und Frankreich haben Anfang 2010 bilateral vereinbart, mit der **Wahl-Zugewinnngemeinschaft** zu den bereits vorhandenen Wahlgüterständen jeweils einen weiteren Wahlgüterstand einzuführen¹. In Deutschland wird neben der Gütertrennung und der Gütergemeinschaft also ein dritter optionaler Güterstand geschaffen. Das zugrunde liegende Abkommen tritt nach Austausch der Ratifikationsurkunden in Kraft (Art. 20 Abs. 2 dt-fr Abk.)², ist aber in Frankreich noch nicht ratifiziert worden (Stand Mai 2012).

1 Abkommen vom 4.2.2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft.

2 Gesetz zu dem Abkommen vom 4.2.2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft v. 15.3.2012, BGBl. II, S. 178.

Der (Stand Mai 2012) noch nicht in Kraft getretene § 1519 BGB sieht die Möglichkeit der ehevertraglichen Vereinbarung des Güterstandes der Wahl-Zugewinnngemeinschaft vor und verweist hierzu auf die Vorschriften des deutsch-französischen Abkommens vom 4.2.2010. 5b

Das Abkommen stellt nach seinem Art. 1 den Wahlgüterstand Ehegatten zur Verfügung, deren Güterstand dem Sachrecht eines Vertragsstaates (bisher: Deutschland und Frankreich) unterliegt. Eine deutsch-französische Berührung ist also nicht erforderlich. Ein deutsches Ehepaar, das keinerlei Bezug zu Frankreich hat, oder auch ein in Deutschland lebendes ausländisches Ehepaar, das sich für die Anwendung des deutschen Güterrechts auf die Ehe entschieden hat (Art. 15 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB), kann sich also durch Ehevertrag für den deutsch-französischen Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft entscheiden. 5c

Wesentliches Merkmal der Wahl-Zugewinnngemeinschaft, das vom deutschen gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft **abweicht**, ist zunächst die **gegenständliche Beschränkung der Handlungsmöglichkeit** eines Ehegatten bei Rechtsgeschäften über die **Familienwohnung und Haushaltsgegenstände** (Art. 5 dt-fr Abk.; Verfügungsbeschränkungen). Art. 6 dt-fr Abk. regelt die **Schlüsselgewalt**, wonach bei der Wahl-Zugewinnngemeinschaft jeder Ehegatte Verträge zur Führung des Haushalts und für den Bedarf der Kinder allein schließen kann. Beide Ehegatten werden dadurch gesamtschuldnerisch verpflichtet. Analog § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB wird der andere Partner mitberechtigt¹. Vermögen, das ein Ehegatte als **Schmerzensgeld** erwirbt, wird nach Art. 8 Abs. 2 dt-fr Abk. seinem Anfangsvermögen zugerechnet, unterliegt also nicht dem Zugewinnausgleich. Für die Ausgleichsforderung ist eine **Kappungsgrenze auf die Hälfte des positiven Endvermögens** festgesetzt (Art. 14 S. 1 dt-fr Abk.); bei illoyalen Vermögensverfügungen erhöht sich diese Begrenzung um die Hälfte des dem Endvermögen fiktiv hinzuzurechnenden Betrages (Art. 14 S. 2 dt-fr Abk.). Beim Tod eines Ehegatten ist ein erbrechtlicher, pauschaler Ausgleich nicht vorgesehen, so dass sich das **Erbrecht ausschließlich nach § 1931 Abs. 1 und Abs. 2 BGB** bestimmt und sich der überlebende Ehegatte wegen der Zugewinnausgleichsforderung mit den Erben des Verstorbenen auseinandersetzen muss. 5d

In Deutschland ist der neue Wahlgüterstand weitgehend dem gesetzlichen Güterstand nachgebildet. Wesentliche Abweichungen (vgl. dazu Rn. 5d), die die Wahl-Zugewinnngemeinschaft nach dem zukünftigen § 1519 BGB (i.V.m. den Vorschriften des dt-fr Abk. vom 4.2.2010) vom gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft vorsieht, können ohnehin durch ehevertragliche Modifikationen des deutschen gesetzlichen Güterstandes erreicht werden, zumal solche Modifikationen ebenso wie die Wahl-Zugewinnngemeinschaft vor dem Notar vereinbart werden müssen, § 1410 BGB. Anders in Frankreich: Dort stellt die Errungenschafts- 5e

¹ Erman/Heinemann, Anh. § 1519 BGB Rn. 12.

gemeinschaft (communauté réduite aux acquêts) den gesetzlichen Güterstand des code civil dar.

- 5f Inwieweit der neue Wahlgüterstand in Deutschland und Frankreich Verbreitung finden wird, bleibt abzuwarten. In Frankreich wird von der dortigen Zugewinnngemeinschaft, die der code civil schon bisher als Wahlgüterstand zur Verfügung stellt (participation aux acquêts), kaum Gebrauch gemacht¹.
- 5g Wegen der noch ungewissen Ratifizierung in Frankreich (Stand Mai 2012) und der damit verbundenen Ungewissheit über das Inkrafttreten des Abkommens wird bei der nachfolgenden Darstellung des gesetzlichen Güterstandes nicht gesondert auf die Wahl-Zugewinnngemeinschaft eingegangen. Abweichungsoptionen zum gesetzlichen Güterstand in Deutschland wurden unter Rn. 5d zumindest angerissen. Wegen der konkreten Einzelheiten und zur Auslegung der Bestimmungen des dt-fr Abk., die durch ehevertragliche Vereinbarung Geltung erlangen, § 1519 BGB (noch nicht in Kraft, Stand Mai 2012), wird auf die hierzu bereits erschienene Literatur² verwiesen, die diesen Wahlgüterstand und dessen zukünftige praktische Relevanz ganz überwiegend kritisch beurteilt.

2. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

a) Ausschluss und Modifikation

- 6 Durch **Ehevertrag** können die Eheleute den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft **vollständig ausschließen**. Ergibt sich dabei aus dem Ehevertrag keine abweichende Vereinbarung, tritt nach § 1414 S. 1 BGB Gütertrennung ein. Dies gilt nach § 1414 S. 2 BGB auch dann, wenn der Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen oder die Gütergemeinschaft aufgehoben wird. Wollten die Eheleute vor dem 1.9.2009 den Versorgungsausgleich ausschließen, nicht aber das Ende des gesetzlichen Güterstands mit der Folge des Zugewinnausgleichs und dem Eintritt der Gütertrennung herbeiführen, so mussten sie dies bei der Regelung zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs zumindest konkludent zum Ausdruck bringen.

➔ Wichtig:

Der Notar bzw. der Rechtsanwalt hatte vor dem 1.9.2009 im Falle des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs zu erforschen, ob der gesetzliche Güterstand beibehalten werden soll³. Durch die zum 1.9.2009 erfolgte Änderung des § 1414 S. 2 BGB ist dies nun nicht mehr notwendig.

1 Koch, 15. Jahresarbeitstagung Familienrecht 2012, 384, 395.

2 Klippstein, FPR 2010, 510; Heinemann, FamRB 2012, 129; Koch, 15. Jahresarbeitstagung Familienrecht 2012, 384; Erman/Heinemann, § 1519 BGB und Anh § 1519 BGB.

3 Den Notar traf insoweit eine besondere Belehrungspflicht.

Den Ehegatten ist es selbstverständlich nicht verwehrt, die gesetzlichen Regelungen zur Zugewinnngemeinschaft im Wege einer Vereinbarung zu ändern oder zu ergänzen. Die Bestimmungen des gesetzlichen Güterrechts sind weitestgehend¹ dispositiv. Wer den gesetzlichen Güterstand vollständig ausschließen kann, kann ihn auch weitestgehend inhaltlich modifizieren. 7

Der Ausschluss bzw. die Einschränkung des Zugewinnausgleichs ist grundsätzlich dann nicht zu beanstanden, wenn dem dadurch benachteiligten Ehegatten über die Regelung des Unterhalts und des Versorgungsausgleichs ein den ehelichen Lebensverhältnissen entsprechendes Auskommen gesichert ist. Nach den vom BGH im Jahr 2004 aufgestellten Kriterien, die den verfassungsgerichtlichen Vorgaben² zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen genügen müssen, kann (vereinfacht gesagt) auf den Betreuungsunterhalt am wenigsten, auf den Zugewinnausgleich aber am ehesten verzichtet werden³. Wegen der Einzelheiten wird auf Kap. 15 ab Rn. 97 (Vereinbarungen zum Güterrecht) und ab Rn. 112 (ehevertragliche Gestaltungsmöglichkeiten im Güterrecht) verwiesen. 8

➔ **Wichtig:**

Wird der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach Eheschließung (durch Ehevertrag) ausgeschlossen, darf der bis dahin aufgelaufene Zugewinn nicht unberücksichtigt bleiben. Ab diesem Zeitpunkt endet der gesetzliche Güterstand, so dass gem. § 1378 Abs. 3 S. 1 BGB die Ausgleichsforderung entsteht. Ggf. sollte eine Formulierung in den Ehevertrag aufgenommen werden, aus der klar wird, dass sich die Eheleute darüber einig sind, dass sich der Ausschluss auch auf die Vergangenheit bezieht bzw. ein Zugewinnausgleichsanspruch nicht besteht oder auf mögliche Ansprüche gegenseitig verzichtet und der Verzicht jeweils angenommen wird.

b) Scheidungsfolgenvereinbarung

Gem. § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB können nach Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens konkrete Scheidungsfolgenvereinbarungen getroffen werden. Es handelt sich insoweit um güterrechtliche Regelungen, die in abstrakter Form auch Gegenstand eines Ehevertrags sein können, nun aber kon- 9

1 Zu den Grenzen, insbesondere der Sittenwidrigkeit vgl. nur *Schwab*, VII Rn. 369 ff. mwN; zusammenfassend zur neueren Rspr. betreffend den Ausschluss des Zugewinnausgleichs nach der grundlegenden Entscheidung des BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601: *Koch*, FamRZ 2004, 993 und FamRZ 2005, 845 sowie *Borth*, FamRB 2005, 177.

2 BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, FamRZ 2001, 343 und BVerfG v. 29.3.2001 – 1 BvR 1766/92, FamRZ 2001, 985.

3 BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = FamRB 2004, 105; dazu ausführlich *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 21 ff.

kret im Hinblick auf die durch Zustellung des Scheidungsantrags dokumentierte Scheidung beabsichtigt sind. Selbstverständlich kann auch während des Scheidungsverfahrens ein (abstrakter) Ehevertrag geschlossen werden.

➔ **Praxistipp:**

Nach herrschender Meinung können (konkrete) Scheidungsfolgenvereinbarungen über den Wortlaut des § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB hinaus auch schon vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens geschlossen werden¹.

c) Form von Ehevertrag und Scheidungsfolgenvereinbarung

- 10 Der Ehevertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der Form des § 1410 BGB, dh. der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars. Regelungen der güterrechtlichen Verhältnisse erfolgen nach § 1408 Abs. 1 BGB durch Ehevertrag und unterliegen damit ebenfalls der besonderen Formvorschrift nach § 1410 BGB. Dies kann nicht nur nach Eingehung der Ehe, sondern, wie sich im Umkehrschluss aus § 1408 Abs. 1 letzter Halbs. BGB ergibt, auch schon vor Eheschließung erfolgen.
- 11 Die Scheidungsfolgenvereinbarung bedarf der Form des § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB, also der notariellen Beurkundung oder der Protokollierung in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Familiengericht. **Die Formbedürftigkeit gilt auch für die Vereinbarung von Modalitäten des Zugewinnausgleichs** wie für die Bewertung eines einzelnen Gegenstandes, die Festlegung auf einen Stichtag oder die Verteilung einzelner Vermögensgegenstände. Sogar eine Vereinbarung der Eheleute über die Verteilung von Haushaltsgegenständen, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, ist formbedürftig². Eine Vereinbarung, in der ein Ehegatte für den Fall der Scheidung auf Rechte in Bezug auf das im Alleineigentum des anderen stehende Familienheim verzichtet und zugleich der andere die Erstattung von Aufwendungen in die Immobilie zusichert, ist als Modifikation des Zugewinnausgleichs anzusehen und bedarf der notariellen Form³. Dies ergibt sich aus §§ 1408, 1410 BGB für den Ehevertrag und aus § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB für die Scheidungsfolgenvereinbarung. Ist diese Form nicht eingehalten, sind die Vereinbarungen nach § 125 BGB nichtig. Dann muss die Ausgleichsberechnung den gesetzlichen Regeln folgen, die formwidrigen Vereinbarungen sind nicht zu berücksichtigen.
- 12 Bei der außergerichtlichen Korrespondenz über den Zugewinnausgleich noch vor Einleitung eines Ehescheidungsverfahrens muss also zumindest

1 BGH v. 16.12.1982 – IX ZR 90/81, FamRZ 1983, 157; Johannsen/Henrich/Jaeger, § 1378 BGB Rn. 15 f. mwN.

2 OLG Düsseldorf v. 9.9.2004 – II-9 UF 119/03, FamRZ 2005, 273.

3 OLG Karlsruhe v. 19.1.2009 – 1 U175/08, FamRZ 2009, 1670 = FamRB 2009, 169.

der Endstichtag notariell festgelegt werden, was allerdings in den wenigsten Fällen geschieht.

➔ **Praxistipp:**

Mit Beendigung des Güterstands (zB durch Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses oder formwirksamen Ehevertrag) kann über die nunmehr entstandene und fällige Ausgleichsforderung frei verfügt werden. **Eine Formbindung besteht nicht mehr.** Die Parteien können dann also untereinander und auch mit Dritten formlose Vereinbarungen treffen. Zur Kostenersparnis kann es sich deshalb empfehlen, den Zugewinnausgleich erst nach Rechtskraft der Ehescheidung in Angriff zu nehmen.

d) Gestaltungsmöglichkeiten im gesetzlichen Güterstand durch Ehevertrag oder Scheidungsfolgenvereinbarung

aa) Ausschluss des Zugewinnausgleichsanspruchs

Der Zugewinnausgleichsanspruch kann ganz¹, teilweise oder auch nur für einen Ehegatten ausgeschlossen werden. Eine Beschränkung oder ein Ausschluss für den Fall der Scheidung, nicht aber des Todes (§ 1371 BGB), ist möglich. 13

bb) Anfangsvermögen

Die Parteien können beim Anfangsvermögen Bestimmungen über Bestand, Wert, Umfang etc. treffen. Gesetzliche Vorgaben, wie zB die Anrechnung bestimmter Erwerbsvorgänge nach § 1374 Abs. 2 BGB, können ausgeschlossen, beschränkt oder erweitert werden. Eine Vereinbarung über den konkreten Wert, die Regeln der Wertermittlung oder den Bewertungsstichtag ist möglich. Ehevertraglichen Bestimmungen beim Anfangsvermögen sind insoweit nur wenige Grenzen gesetzt. 14

➔ **Praxistipp:**

Haben zwischen den Ehegatten oder durch Schwiegereltern bereits vor der Ehe Vermögensverschiebungen untereinander stattgefunden, sollte daran gedacht werden, dass diese Positionen in einem Ehevertrag dem Zugewinnausgleich unterstellt werden², oder aber es sollten bereits bei Zuwendung klare Vereinbarungen getroffen werden, wie im Fall des Scheiterns der Beziehung bzw. der Ehe (bei späterer Eheschließung) eine Rückabwicklung erfolgt. Dem Laien wird sonst nicht bewusst sein, dass diese Vermögenswerte das Anfangsvermögen des Empfängers erhöhen.

1 BGH v. 26.3.1997 – XII ZR 250/95, FamRZ 1997, 800.

2 Zu dieser Problematik: *Kogel*, FamRB 2007, 273; ferner *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 850 ff. und *Haußleiter/Schulz*, 5, Rn. 337 ff. und 7, Rn. 1 ff. (Auseinandersetzung mit Schwiegereltern).

- 14a Im Jahr 2010 hat der BGH bei den Zuwendungen von Schwiegereltern einen grundlegenden Paradigmenwechsel vorgenommen¹. Nunmehr haben Eltern, die um der Ehe ihres Kindes Willen Zuwendungen an das (künftige) Schwiegerkind vorgenommen haben, ein unmittelbares Rückforderungsrecht. Diese Übertragungen sind nicht mehr wie bisher als ehebezogene Zuwendungen, sondern als Schenkungen zu qualifizieren. Auf derartige Schenkungen sind die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anwendbar. Angesichts der Schwierigkeiten, wie und mit welchem Wert solche Rückforderungsansprüche bzw. die sich daraus ergebenden Verpflichtungen in das Anfangs- und Endvermögen des Schwiegerkindes beim Zugewinn eingestellt werden, bietet sich eine klare Regelung bereits zum Zeitpunkt der Zuwendung an. Vgl. hierzu auch die Ausführungen bei Rn. 74 ff. und in Kap. 10, Rn. 23 ff.

cc) Endvermögen

- 15 Auch beim Endvermögen können, wie beim Anfangsvermögen, bestimmte Erträge und Vermögensgegenstände ausgenommen werden. Insbesondere betrieblich gebundene Vermögensteile, das ganze Betriebsvermögen oder der Gewerbebetrieb eines Ehegatten können **zum Schutz der wirtschaftlichen Existenzgrundlage aus dem Zugewinnausgleich herausgenommen werden**². Dazu sollte dieses Vermögen weder beim Anfangs- noch beim Endvermögen angesetzt werden.
- 16 Inwieweit von der Hinzurechnungsbestimmung des § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB abgewichen werden kann, ist streitig. Richtigerweise wird man die Hinzurechnungstatbestände nach § 1375 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 (Vermögensverschwendung) und Nr. 3 (Benachteiligungsabsicht) BGB für die Zukunft nicht ausschließen können³.

dd) Höhe des Zugewinns

- 17 Die Höhe des Zugewinns, eine Höchstgrenze oder eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Berechnungsart kann vereinbart werden.

ee) Ausgleichsanspruch

- 18 Der Ausgleichsanspruch selbst kann im Hinblick auf Fälligkeit, Höhe und Modalitäten abweichend geregelt werden. Trotz fortbestehender Zugewinnngemeinschaft können die Ehegatten einen vorzeitigen oder in ge-

1 BGH v. 3.2.2010 – XII ZR 189/06, FamRZ 2010, 958, dazu: *Kogel*, FamRB 2010, 309 und BGH v. 21.7.2010 – XII ZR 180/09, FamRZ 2010, 1626 = FamRB 2010, 325 und *Haußleiter/Schulz*, 7, Rn. 5 ff. sowie BGH v. 20.7.2011 – XII ZR 149/09, FamRZ 2012, 273 m. Anm. *Wever* = FamRB 2012, 69.

2 BGH v. 26.3.1997 – XII ZR 250/95, FamRZ 1997, 800.

3 *MüKo/Koch*, § 1375 BGB Rn. 36.

wissen Zeitabständen fälligen Ausgleichsanspruch vereinbaren¹. § 1380 BGB kann bezüglich der bereits getätigten Zuwendungen abgeändert werden.

e) Gestaltungsgrenzen

Für die Zukunft können die Einrede des § 1381 BGB, die Auskunftspflicht nach § 1379 BGB sowie die Möglichkeit des vorzeitigen Zugewinnausgleichs und die vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft nach §§ 1385, 1386 BGB vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Die Bestimmungen des § 1378 Abs. 3 Sätze 2 und 3 BGB, sowie die oben bereits genannten Nr. 2 und Nr. 3 des § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB sind ebenfalls zwingend. 19

Ob die Umrechnung des Geldschwundes (Indexierung) ausgeschlossen werden kann, ist streitig². Berücksichtigt man aber, dass die Ehegatten – unstrittig – die Höhe des Ausgleichsanspruchs vereinbaren können, so spricht nichts dagegen, einzelne Komponenten, zu denen der Ausschluss oder die Modifizierung der Indexierung gehört, vertraglich frei zu regeln. 20

Bei Scheidungsfolgenvereinbarungen ergibt sich aus § 1378 Abs. 3 S. 3 BGB eine weitere Einschränkung. Danach dürfen (unzweifelhaft) **vor Beendigung des Güterstands keine schuldrechtlichen Vereinbarungen oder Verfügungen über den Ausgleichsanspruch zwischen einem Ehegatten und einem Dritten getroffen werden**, andernfalls führt dies zur Nichtigkeit nach § 134 BGB. Ehegatten sollen in der kritischen Phase der Scheidung nicht unbedacht über mögliche Zahlungsansprüche gegenüber Dritten verfügen können, sonst könnten diese Dritten ein besonderes Interesse an der Ehescheidung entwickeln³. Allerdings lässt der BGH Verpflichtungen zu Verfügungen oder Verfügungen über den Ausgleichsanspruch unter Ehegatten zu, soweit die Form des § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB gewahrt wird⁴. 21

➔ Wichtig:

§ 1378 Abs. 3 S. 3 BGB ist nach der Rechtsprechung des BGH also einschränkend dahin auszulegen, dass Ehegatten auch vor der Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich für eine beabsichtigte Scheidung treffen können, sofern sie die Form des § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB einhalten. Die Gegenmeinung verlangt dafür die strengere Form des Ehevertrags nach § 1410 BGB

1 *Arens*, FamRZ 1999, 257 ff.; *Sasse*, BB 1998, 465 ff. mit zahlreichen w.N.

2 Dafür *Schwab*, VII Rn. 375.

3 BGH v. 21.4.2004 – XII ZR 170/01, FamRZ 2004, 1353 mit krit. Anm. *Koch*, FamRZ 2004, 1354 = FamRB 2004, 383.

4 BGH v. 16.12.1982 – IX ZR 52/81, FamRZ 1983, 160 und noch weitergehend BGH v. 16.12.1982 – IX ZR 90/81, FamRZ 1983, 157; zum Meinungsstand *Johannsen/Henrich/Jaeger*, § 1378 BGB Rn. 13 ff. mwN.

(„gleichzeitige Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars“), was sich in der Praxis kaum auswirken dürfte¹.

➔ **Praxistipp:**

Leben die Eheleute getrennt und ist absehbar, dass es zur Ehescheidung kommen wird, kann schon vorweg in der Form eines Ehevertrags, § 1408 Abs. 1 BGB, die Gütertrennung vereinbart und der dadurch ausgelöste Zugewinnausgleich geregelt werden. Dadurch kann das spätere Ehescheidungsverfahren erheblich entlastet werden.

f) Vermögensauseinandersetzung außerhalb der Zugewinnngemeinschaft

- 22 Im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft werden das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau bei Eheschließung und auch Vermögen, das ein Ehegatte nach Eheschließung erwirbt, nicht gemeinschaftliches Vermögen, § 1363 Abs. 2 S. 1 BGB. Endet der gesetzliche Güterstand nicht durch Tod eines Ehegatten, sondern zB durch Scheidung, erfolgt ein schuldrechtlicher Ausgleich, der grundsätzlich und grob vereinfacht die hälftige Teilung des während der Ehe erwirtschafteten Vermögenszuwachses vorsieht.
- 23 Die schematischen und oft starren Bestimmungen zur Durchführung des Zugewinnausgleichs sollen Rechtsklarheit bezwecken, erfüllen diesen Zweck in verschiedenen Konstellationen aber nicht immer. **Die Rechtsprechung wendet die im Zugewinnausgleichsrecht möglichen Korrekturen** (zB über § 1381 BGB oder einer Analogie zu § 1374 Abs. 2 BGB) **nur behutsam an**. Außerhalb der gesetzlichen Vorschriften zum Zugewinnausgleich werden daher verschiedene Lösungsansätze gesucht, um unangemessene Ergebnisse zu korrigieren².
- 24 Die Bandbreite der Vermögensauseinandersetzung außerhalb der Zugewinnngemeinschaft variiert von der Rückabwicklung ehebezogener (unbenannter) Zuwendungen über Ansprüche aus Ehegattenmitarbeit, Streitigkeiten um Bankkonten³ und Miteigentum, Steuerrückerstattungen und Steuerschulden⁴ bis zur Lösung der Frage, welcher Ehegatte im Innenverhältnis für die gemeinsamen Schulden aufkommen muss. Bei diesen Angelegenheiten (sonstige Familiensachen nach §§ 112 Nr. 3 i.V.m. 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG) handelt es sich um Familienstreitsachen, für die die Familiengerichte nach §§ 23a Abs. 1 Nr. 1, 23b Abs. 1 GVG zuständig sind.

1 Zutreffend Johannsen/Henrich/Jaeger, § 1378 BGB Rn. 15.

2 Vgl. dazu umfassend Wever, FamRZ 2008, 1485, FamRZ 2007, 857, FamRZ 2006, 365, FamRZ 2005, 485, FamRZ 2004, 1073, FamRZ 2003, 565 und FamRZ 2000, 993.

3 OLG Brandenburg v. 7.9.2010 – 10 UF 15/10, FamRZ 2010, 114.

4 OLG Dresden v. 25.6.2010 – 24 UF 800/09, FamRZ 2011, 113 = FamRB 2011, 35.

➔ Wichtig:

Weder der Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB noch der Gesamtgläubigerausgleich nach § 430 BGB oder sonstige Forderungen oder Verbindlichkeiten der Ehegatten untereinander werden durch den Zugewinnausgleich verdrängt¹. Die Ausgleichsformen stehen nebeneinander. **Die wechselseitigen Forderungen oder Verpflichtungen müssen daher in die Ausgleichsbilanz des Zugewinns eingestellt werden².**

3. Verfügungsbeschränkung bei Gesamtvermögensgeschäften**a) Gesamtvermögensgeschäfte**

Nach § 1364 BGB verwaltet im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft jeder Ehegatte sein Vermögen grundsätzlich selbständig. 25
Ausnahmen gelten jedoch gem. §§ 1365 bis 1368 BGB bei bestimmten Rechtsgeschäften.

Verpflichtet sich ein Ehegatte zu einer Verfügung über sein Vermögen im Ganzen oder über einzelne Objekte³, die im Wesentlichen sein ganzes Vermögen ausmachen⁴, so ist dieses Rechtsgeschäft nur wirksam, wenn der andere Ehegatte eingewilligt hat, seine Zustimmung durch das Familiengericht ersetzt wird oder der andere Ehegatte das Rechtsgeschäft (nachträglich) genehmigt. Die Einzelheiten ergeben sich aus den §§ 1365 bis 1368 BGB. 26

Ob das beabsichtigte Rechtsgeschäft ein Gesamtvermögensgeschäft i.S.v. § 1365 Abs. 1 BGB und damit zustimmungspflichtig ist, ist anhand eines Wertvergleichs zwischen dem objektiven Verkehrswert des Geschäftsgegenstandes und dem des sonstigen, nicht betroffenen Vermögens zu beurteilen, wobei jeweils vorhandene Lasten in Abzug zu bringen sind⁵. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Abgrenzung zwischen zustimmungspflichtigen und zustimmungsfreien Verfügungen anhand fester Prozentsätze vorzunehmen. **Keine Zustimmungspflicht** besteht danach, wenn dem verfügenden Ehegatten **bei einem kleinen Vermögen mindes-** 27

1 BGH v. 12.11.2008 – XII ZR 134/04, FamRZ 2009, 193 = FamRB 2009, 65; BGH v. 27.4.1988 – IVb ZR 55/87, FamRZ 1988, 920 und BGH v. 13.7.1988 – IVb ZR 96/87, FamRZ 1988, 1031; dazu auch Johannsen/Henrich/Jaeger, vor § 1372 BGB Rn. 18.

2 BGH v. 12.11.2008 – XII ZR 134/04, FamRZ 2009, 193 = FamRB 2009, 65.

3 In der Praxis ist dies häufig ein Grundstück, das das nahezu gesamte Vermögen eines Ehegatten ausmacht.

4 Vgl. dazu näher OLG Köln v. 26.5.2004 – 16 Wx 80/04, FamRB 2005, 1 = NJW-RR 2005, 4; OLG Hamm v. 27.1.2004 – 15 W 9/03, FamRZ 2004, 1648; OLG München v. 14.1.2004 – 16 UF 1348/03, FamRZ 2005, 272.

5 BGH v. 7.10.2011 – V ZR 78/11, FamRZ 2012, 116 = FamRB 2012, 34; OLG Celle v. 24.6.2009 – 4 U 23/09, FamRZ 2010, 562.

tens 15 % des Gesamtvermögens verbleiben bzw. wenn dieser bei einem größeren Vermögen ein Mindestrestvermögen von 10 % behält¹.

b) Zweck

- 28 Nach allgemeiner Meinung soll durch die Verfügungsbeschränkung nach § 1365 BGB die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie erhalten werden (primärer Normzweck). Daneben soll aber auch die (zukünftige) Zugewinnausgleichsforderung gesichert werden. § 1365 BGB geht also über den Zeitraum der „intakten Ehe“ weit hinaus und kann sogar dann Bedeutung erhalten, wenn die Ehe bereits rechtskräftig geschieden ist, über Zugewinnausgleichsansprüche aber noch gestritten wird. Zwar spielt der primäre Normzweck im Auseinandersetzungsstadium der Ehe keine Rolle mehr, dann greift aber gerade der zweite Normzweck ein, mit dem zur Sicherung der Zugewinnausgleichsforderung Vermögensverschiebungen des anderen (bzw. früheren) Ehegatten verhindert werden sollen².
- 29 Dem früheren Ehegatten kann es sogar Jahre nach der Scheidung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Zugewinnausgleichsverfahrens verwehrt sein, das zum Ausgleich benötigte Vermögen zu minimieren, sofern § 1365 BGB (analog) eingreift³. Andererseits kann ein zunächst wegen fehlender Zustimmung des anderen Ehegatten nach § 1366 BGB schwebend unwirksames Rechtsgeschäft „geheilt“ werden (Konvaleszenz), wenn der Schutzzweck des Zustimmungserfordernisses entfallen ist. Die mit der Verfügungsbeschränkung bezweckte Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruchs entfällt, wenn mögliche Ansprüche zwischenzeitlich unstreitig verjährt sind⁴.

c) Teilungsversteigerung von Miteigentum der Ehegatten

- 30 Ein Ehegatte ist im Fall der einseitigen Einleitung eines auf Veräußerung zielenden Versteigerungsverfahrens genauso schutzwürdig wie im Fall der eigenmächtigen Veräußerung des Grundstücks durch den Ehepartner selbst. Der Ehegatte kann auf diesem Wege oftmals die vom anderen Ehegatten gewünschte Teilungsversteigerung verhindern, zumindest aber verzögern.
- 31 Betreibt ein Ehegatte die Teilungsversteigerung eines Grundstücks nach § 180 ZVG und macht der Grundstücksanteil sein (nahezu) ganzes Ver-

1 BGH v. 7.10.2011 – V ZR 78/11, FamRZ 2012, 116 = FamRB 2012, 34; OLG Celle v. 24.6.2009 – 4 U 23/09, FamRZ 2010, 562 unter Bezugnahme auf BGH v. 25.6.1980 – IVb ZR 516/80, FamRZ 1980, 765.

2 BGH v. 14.6.2007 – V ZB 102/06, FamRZ 2007, 1634 = FamRB 2007, 259; OLG Köln v. 26.5.2004 – 16 Wx 80/04, FamRB 2005, 1; OLG Celle v. 25.6.2003 – 15 UF 30/03, FamRZ 2004, 625, ablehnend dazu Janke, FamRZ 2004, 627.

3 OLG Köln v. 22.5.2000 – 26 WF 69/00, FamRZ 2001, 176.

4 OLG Celle v. 20.10.2000 – 15 UF 81/00, FamRZ 2001, 1613.

mögen aus, erfordert bereits der Antrag des Ehegatten analog § 1365 BGB die Zustimmung des anderen¹. Würde man erst die Zustimmungspflichtigkeit des Zuschlags annehmen², käme es vielfach zu unnötigen Versteigerungsverfahren.

Zwar setzt sich das am Grundstück bestehende Miteigentum nach Erteilung des Zuschlags am Versteigerungserlös fort, dies hindert die Anwendung des § 1365 BGB aber gerade nicht³. **Für die Anwendung des § 1365 BGB genügt es schon, wenn reine Vermögensumschichtungen eines Ehegatten erfolgen**, die sein (nahezu) gesamtes Vermögen ausmachen, da die Vorschrift nicht auf eine wirtschaftliche Einbuße abstellt⁴. 32

Im **Vollstreckungsverfahren** ist die Verfügungsbeschränkung im Rahmen der Drittwiderspruchsklage⁵ nach §§ 120 Abs. 1 FamFG, 771 ZPO oder durch Erinnerung⁶ nach §§ 120 Abs. 1 FamFG, 766 ZPO geltend zu machen. Geht ein Ehegatte gegen den anderen auf diesem Wege vor, so handelt es sich um eine Familiensache, für die nach §§ 23a Abs. 1 Nr. 1, 23b Abs. 1 GVG, 111 Nr. 9, 261 Abs. 2 FamFG das Familiengericht zuständig ist. 33

➔ **Wichtig:**

Einem Gläubiger eines Ehegatten ist die Zwangsversteigerung in dessen Miteigentumsanteil auch dann ohne weiteres möglich, wenn dieser Anteil nahezu das gesamte Vermögen des Schuldner-Ehegatten darstellt. Normadressaten des § 1365 BGB sind nur die Eheleute selbst, nicht deren Gläubiger. Dies gilt nicht nur dann, wenn der Gläubiger direkt in den – regelmäßig nicht verkehrsfähigen – Miteigentumsanteil vollstreckt, sondern auch dann, wenn der Gläubiger den Anspruch eines Ehegatten auf Aufhebung der Miteigentümergemeinschaft pfändet⁷.

d) Geltendmachung der Unwirksamkeit

Verfügt ein Ehegatte ohne die erforderliche Zustimmung des anderen über sein (nahezu) ganzes Vermögen, so gibt § 1368 BGB dem anderen Ehegatten das Recht, die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte gegen den Dritten im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Es handelt sich um einen Fall der **gesetzlichen Verfahrensstandschaft**. Allerdings kann der übergangene Ehegatte damit nicht in jedem Fall erreichen, dass das weggegebene Vermögen wieder zurückfließt. Der Dritte kann nämlich gegenüber dem Rückzahlungsanspruch 34

1 BGH v. 14.6.2007 – V ZB 102/06, FamRZ 2007, 1634 = FamRB 2007, 259.

2 OLG Frankfurt v. 3.6.1997 – 26 W 23/97, FamRZ 1997, 1490.

3 So aber OLG Stuttgart v. 18.7.2007 – 15 UF 169/07, FamRZ 2007, 1830; dagegen *Kogel*, FamRZ 2008, 621 und FamRB 2008, 78 und *Koch*, FamRZ 2008, 1381.

4 *Koch*, FamRZ 2008, 1381 und Palandt/*Brudermüller*, § 1365 BGB Rn. 5.

5 OLG Köln v. 22.5.2000 – 26 WF 69/00, FamRZ 2001, 176.

6 BGH v. 14.6.2007 – V ZB 102/06, FamRZ 2007, 1634 = FamRB 2007, 259.

7 OLG Karlsruhe v. 4.9.2003 – 16 WF 109/03, FamRZ 2004, 629.

aus § 1368 BGB mit einer eigenen Forderung, die ihm gegen den verfügenden Ehegatten zusteht, aufrechnen¹.

III. Berechnungsgrundsätze, Anfangs- und Endvermögen

1. Grundsätze

a) Mehrstufige Differenzberechnung

- 35 Um den Zugewinn des jeweiligen Ehegatten zu ermitteln, müssen das Anfangs- und das Endvermögen bestimmt werden. Die Berechnungen erfolgen dabei jeweils nach denselben Grundsätzen. Der Zugewinn ist im Wege einer **mehrfachen Differenzberechnung** zu bestimmen. Bei jedem Ehegatten muss zunächst das Anfangsvermögen als Differenz zwischen Aktiva und Passiva zum Anfangsstichtag bestimmt werden. Danach muss bei jedem Ehegatten das Endvermögen als Differenz zwischen Aktiva und Passiva zum Endstichtag bestimmt werden. Die Differenz zwischen Anfangs- und Endvermögen des jeweiligen Ehegatten wiederum bildet seinen Zugewinn.
- 36 Im Falle der Ehescheidung ist auf die **Ermittlung des Anfangsvermögens** besondere Sorgfalt zu verwenden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass jeder beim Anfangsvermögen zu berücksichtigende positive Vermögenswert den Zugewinn eines Ehegatten reduziert und jeder beim Endvermögen zu berücksichtigende positive Vermögenswert seinen Zugewinn erhöht.

➡ Praxistipp:

Heiratswilligen oder frisch verheirateten Ehepaaren ist deshalb dringend eine Aufstellung des von ihnen in die Ehe eingebrachten Vermögens, aber auch der Schulden zu empfehlen.

- 37 Bei den Verbindlichkeiten verhält es sich umgekehrt. Nach § 1374 Abs. 3 BGB sind beim Anfangsvermögen Verbindlichkeiten über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen. Bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs wird also auch ein **negatives Anfangsvermögen** berücksichtigt, denn die Schuldentilgung während der Ehezeit stellt einen wirtschaftlichen Gewinn für den bei Eintritt des Güterstands verschuldeten Ehegatten dar, der güterrechtlich auszugleichen ist². Auch kann das **Endvermögen negativ** sein, § 1374 Abs. 3 BGB.

1 BGH v. 2.2.2000 – XII ZR 25/98, FamRZ 2000, 744, entgegen der Vorinstanz OLG Karlsruhe v. 30.12.1997 – 16 UF 69/94, FamRZ 1999, 298.

2 § 1374 Abs. 3 BGB gilt seit dem 1.9.2009. Zuvor wurde die Tilgung von Schulden während der Ehe unberücksichtigt gelassen, soweit ein Ehegatte mit Schulden in die Ehe gegangen ist, vgl. dazu *Koch*, FamRZ 2008, 1124; *Hoppenz*, FamRZ 2008, 1889; BR-Drucks. 635/08 und BT-Drucks. 16/10798 samt ergänzender BT-Drucks. 16/13027.

➔ Wichtig:

Aus dem Wortlaut des § 1373 BGB („Zugewinn ist der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten das Anfangsvermögen **übersteigt**“) ergibt sich aber auch, **dass der Zugewinn selbst keine negative Größe sein kann**¹. Einen Verlustausgleich will auch das zum 1. September 2009 geänderte Zugewinnausgleichsrecht nicht erreichen. Einen negativen Zugewinn gibt es weiterhin nicht². Übersteigt das Anfangsvermögen eines Ehegatten sein Endvermögen, so ist sein Zugewinn gleich null. Damit soll sichergestellt werden, dass der Ausgleichsschuldner zur Erfüllung der Ausgleichsforderung grundsätzlich keine Verbindlichkeiten eingehen muss. Ein Ausnahmefall ist jedoch gegeben, wenn der Ausgleichsschuldner sein Vermögen in den Fällen des § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB illoyal verwendet hat. Er muss dann zur Erfüllung der Ausgleichsforderung Verbindlichkeiten aufnehmen, § 1378 Abs. 2 S. 2 BGB.

b) Indexierung**aa) Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes**

Bei Bewertung des Anfangsvermögens für den jeweiligen Ehegatten muss der Kaufkraftschwund von DM und Euro berücksichtigt werden. Durch die Geldentwertung eingetretene, nur nominelle Wertsteigerungen des Anfangsvermögens und der Vermögensgegenstände, die dem Anfangs- oder dem Endvermögen zuzurechnen sind, können nicht zu einem Anspruch auf Zugewinnausgleich führen. Es ist daher eine **Indexierung** durchzuführen, damit der **reale Zugewinn** ermittelt wird und ein **scheinbarer Zugewinn unberücksichtigt bleibt**. 38

bb) Berechnungsmethode

Der gesamte Wert des Anfangsvermögens zum Anfangsstichtag ist mit dem Index am Endstichtag zu multiplizieren und durch den Index am Anfangsstichtag zu dividieren³. Ergebnis ist das sog. **bereinigte Anfangsvermögen**. 39

Bei privilegiertem Erwerb nach § 1374 Abs. 2 BGB oder illoyalen Vermögensminderungen nach § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB hat eine **separate Umrechnung**, nämlich bezogen **auf den jeweiligen Zeitpunkt des Erwerbs bzw. der Vermögensminderung** zu erfolgen. 40

1 Kritisch zur Frage, ob ein negativer Zugewinn tatsächlich nicht möglich ist: *Braeuer*, FamRZ 2010, 1614; *Kogel*, FamRZ 2010, 2036 mwN und *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 193 ff.

2 BGH v. 6.10.2010 – XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25; kritisch hierzu und weitergehend: *Kogel*, FamRB 2011, 54.

3 BGH v. 14.11.1973 – IV ZR 147/72, FamRZ 1974, 83 und BGH v. 18.10.1989 – IVb ZR 82/88, FamRZ 1990, 256; zur Berechnung vgl. auch Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 55 ff.; *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 144 ff.

- 41 Dabei zieht die Rechtsprechung jeweils die für den Anfangs- und Endzeitpunkt festgestellten durchschnittlichen **Jahreszahlen** heran¹. In der Literatur wird die Verwendung der Indexzahlen des jeweils einschlägigen Monats befürwortet, da diese Zahlen ohne Aufwand zu ermitteln sind und zu einem genaueren Ergebnis führen².

cc) Früherer Index für die alten Bundesländer

- 42 Zur Umrechnung des Anfangsvermögens auf die Kaufkraftverhältnisse zum Endstichtag wurde für Ehen in den alten Bundesländern bis zum Jahr 1995 von der Literatur der „Preisindex für die Lebenshaltung aller privater Haushalte in langjähriger Übersicht“ (Basisjahr 1995 = 100) herangezogen³. Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung den „Preisindex für die Lebenshaltung von Vier-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittleren Einkommen“ zugrunde gelegt⁴.

dd) Indexierung in den neuen Bundesländern

- 43 Für Ehen der DDR, die mit Wirkung v. 3.10.1990 gem. Art. 234 § 4 EGBGB in den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft überführt wurden, erscheint die Heranziehung eines Preisindexes für die Lebenshaltung in den alten Bundesländern in den ersten Jahren nach der Wiedervereinigung unangemessen. Der höhere Wertverfall im Gebiet der ehemaligen DDR war daher mit einem besonderen Lebenshaltungskostenindex zu berücksichtigen. Mit dem Basisjahr 1991 berechnete das Statistische Bundesamt drei Preisindizes für die Lebenshaltung privater Haushalte (Gesamtdeutschland, früheres Bundesgebiet und neue Bundesländer mit Berlin-Ost).

ee) Index seit dem Jahr 2003 (VPI)

- 44 Seit dem Jahr 2003 wird vom Statistischen Bundesamt nur noch der „einheitliche Verbraucherpreisindex“ (VPI, seit 29.2.2008 = Basisjahr 2005, zuvor = Basisjahr 2000) geführt. Die von 2000 bis 2002 veröffentlichten Werte der älteren Indizes wurden für ungültig erklärt. Die Indexierung ist daher grundsätzlich nur noch auf Basis des VPI – unabhängig, ob neue oder alte Bundesländer – möglich. Beim Anfangsvermögen kann dabei aber zur Umrechnung zunächst ein früherer Index herangezogen werden⁵.

1 OLG Brandenburg v. 6.5.2008 – 10 UF 197/07, FamRZ 2009, 231; OLG Frankfurt v. 16.9.2008 – 3 UF 393/05 und BGH v. 14.11.1973 – IV ZR 147/72, FamRZ 1974, 83. Der Rspr. folgend: Johannsen/Henrich/Jaeger, § 1376 BGB Rn. 25 und Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 58 ff.; Palandt/Brudermüller, § 1376 BGB Rn. 30 f. (dort ist auch jeweils die Tabelle zum Jahresverbraucherpreisindex abgedruckt).

2 Schwab, VII Rn. 169; Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 58; Gutdeutsch, FamRZ 2003, 1061 und Hauß, FamRB 2003, 310.

3 Vgl. Johannsen/Henrich/Jaeger, § 1376 BGB Rn. 27; Kogel, FamRZ 2003, 1901.

4 BGH v. 14.11.1973 – IV ZR 147/72, FamRZ 1974, 83.

5 Ein Berechnungsbeispiel mit Auswirkungen (insbesondere für das Gebiet der ehemaligen DDR) zeigt Kogel, FamRZ 2003, 1901, auf.

Um dies zu vereinfachen, wird vorgeschlagen, die verschiedenen Indizes mathematisch zu verketteten und durch einen „**verketteten Index**“ für die alten¹ und (nach entsprechender Kritik²) auch für die neuen³ Bundesländer zur Verfügung zu stellen.

➔ **Praxistipp:**

Gerade in den neuen Bundesländern sollten Berechnungen und Umrechnungen mit den verschiedenen Indizes und ein Vergleich der Ergebnisse erfolgen. Hier können sich betragsmäßig erhebliche Unterschiede ergeben⁴. Der Rechtsanwalt kann dabei zwar die für seinen Mandanten günstigste Berechnungsmethode zugrunde legen, sollte jedoch hilfsweise – ggf. durch entsprechende Antragstellung – das schlechtere Ergebnis nicht aus den Augen verlieren.

c) Bilanzierung

Viele Eheleute neigen zur separaten Aufteilung einzelner Vermögensgegenstände des Endvermögens nach dem „Halbteilungsgrundsatz“, ohne alle beiderseitigen Vermögenswerte insgesamt einander gegenüberzustellen (zu bilanzieren) oder gar ohne das Anfangsvermögen zu berücksichtigen. Es ist aber falsch, selbst solche Vermögensgegenstände, die sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen vorhanden sind, aus der Ausgleichsberechnung („Ausgleichsbilanz“) herauszunehmen. Ebenso falsch ist es, bei gleichartigen Vermögenswerten, wie etwa beiderseitigen Sparguthaben, bereits vorab den isoliert errechneten Ausgleichsbetrag in die restliche Vermögensbilanz einzustellen. **Die Ausgleichsbilanz muss vielmehr sämtliche Forderungen und Verpflichtungen, auch und gerade der Ehegatten untereinander⁵, enthalten.** Eine Neutralisierung ist nicht vorzunehmen, **die Indexierung darf nicht vergessen werden.** Andernfalls können sich Verfälschungen des Zugewinns ergeben. Dies zeigt sich schon an den folgenden, stark vereinfachten Beispielen:

Beispiel 1:

Bei Beginn der sechsjährigen Ehe war die Frau Eigentümerin eines Grundstücks im Wert von 100 000 Euro. Auch zum Endzeitpunkt war die Frau unverändert Eigentümerin des Grundstücks, das bis dahin keine Wertsteigerung, aber auch keinen Wertverlust erfahren hat, so dass es mit 100 000 Euro anzusetzen ist. Daneben verfügte sie zum Anfangstichtag über sonstiges Vermögen iHv. 15 000 Euro und zum Endstichtag iHv. 28 000 Euro.

1 *Gutdeutsch*, FamRZ 2003, 1061.

2 *Kogel*, FamRZ 2003, 1901.

3 *Gutdeutsch*, FamRZ 2003, 1904.

4 Vgl. dazu das Berechnungsbeispiel von *Kogel*, FamRZ 2003, 1902, der für die neuen Bundesländer Unterschiede von 20 % aufzeigt.

5 BGH v. 12.11.2008 – XII ZR 134/04, FamRZ 2009, 193 = FamRB 2009, 65, zusammenfassend mit verschiedenen Fallgestaltungen auch *Koch*, FamRZ 2011, 1261.

Wird das Grundstück nun aus „Vereinfachungsgründen“ aus der Zugewinnberechnung herausgenommen, weil es ständig vorhanden war und berücksichtigt man beim restlichen Vermögen einen Inflationsausgleich (aus Vereinfachungsgründen) von 20 %, hätte die Ehefrau einen Zugewinn von 10 000 Euro (Endvermögen 28 000 Euro abzüglich indexiertes Anfangsvermögen 18 000 Euro) erzielt.

Richtigerweise muss das Grundstück aber sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen neben dem sonstigen Vermögen unter Beachtung des Inflationsausgleichs (20 %, s. oben) berücksichtigt werden. Dann ergibt sich, dass die Ehefrau während der Ehezeit einen Vermögensverlust von 10 000 Euro (Endvermögen 128 000 Euro abzüglich indexiertes Anfangsvermögen 138 000 Euro) erlitten hat. Ihr Zugewinn ist also null.

Beispiel 2:

Bei Beginn der sechsjährigen Ehe verfügte die Frau über Vermögen iHv. 25 000 Euro. Zum Endzeitpunkt war ihr einziger Vermögenswert ein Sparguthaben über 30 000 Euro. Der Ehemann verfügte über kein Anfangsvermögen. Zum Endzeitpunkt war er Eigentümer einer Eigentumswohnung im Wert von 100 000 Euro und Inhaber eines Sparguthabens über 45 000 Euro.

Werden die jeweiligen Sparguthaben nun aus „Vereinfachungsgründen“ aus der Zugewinnberechnung zunächst herausgenommen, weil am Ende der isolierte Ausgleichsanspruch der Ehefrau von 7500 Euro aus den Sparguthaben hinzu addiert werden soll, hätte die Ehefrau gegen den Ehemann einen Ausgleichsanspruch von 57 500 Euro (Zugewinn Ehefrau 0 Euro, Zugewinn Ehemann 100 000 Euro, Zugewinnausgleichsanspruch Ehefrau 50 000 Euro plus 7500 Euro aus den Sparguthaben).

Richtigerweise müssen aber alle Vermögensbestandteile sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen unter Beachtung des Inflationsausgleichs (20 % s.o.) berücksichtigt werden. Dann ergibt sich, dass die Ehefrau während der Ehezeit keinen Zugewinn erzielt hat (Endvermögen 30 000 Euro abzüglich Anfangsvermögen 25 000 Euro), der Zugewinn des Ehemanns aber 145 000 Euro betrug. Der Ehefrau steht somit richtigerweise ein Zugewinnausgleichsanspruch iHv. 72 500 Euro zu.

Beispiel 3:

Beide Ehegatten verfügten über kein Anfangsvermögen. Zum Stichtag für das Endvermögen verfügt der Ehemann über Geldanlagen iHv. insgesamt 30 000 Euro, die Ehefrau hat kein Vermögen. Während der Trennungszeit sind Unterhaltsansprüche der Ehefrau iHv. 25 000 Euro aufgelaufen.

Wird die Unterhaltsverpflichtung bzw. Unterhaltsforderung nun aus „Vereinfachungsgründen“ aus der Ausgleichsbilanz herausgenommen, weil es sich auf beiden Seiten um einen gleichartigen Rechnungsposten der Ehegatten untereinander handelt, der sich am Ende „neutralisiert“ und weil Unterhaltsansprüche vermeintlich keine Auswirkungen auf den Zugewinnausgleich haben, stünde der Ehefrau ein Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe der Hälfte der Geldanlagen des Mannes, also iHv. 15 000 Euro zu.

Richtigerweise müssen aber am Stichtag¹ fällige und noch nicht erfüllte (Unterhalts)Forderungen dem Aktivvermögen des (Unterhalts)Berechtigten zugerechnet und als Passivposten dem Endvermögen des (Unterhalts)Verpflichteten abgezogen werden. Auch hier gilt, dass alle Vermögensbestandteile sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen berücksichtigt werden müssen. Dann ergibt sich, dass die

¹ Der BGH hat die starre Regelung des Stichtagprinzips in der Entscheidung v. 27.8.2003 – XII ZR 300/01, FamRZ 2003, 1544 = FamRB 2003, 346 betont und darauf hingewiesen, dass nur bei grob unbilligen Ergebnissen eine Korrektur über § 1381 BGB möglich ist.

Ehefrau einen Zugewinn von 25 000 Euro, nämlich in Höhe der Unterhaltsforderung, erzielt hat und der Zugewinn des Ehemanns nur 5000 Euro betrug (30 000 Euro abzüglich Unterhaltsverpflichtung 25 000 Euro). Dem Ehemann (!) steht also ein Zugewinnausgleichsanspruch iHv. 10 000 Euro zu¹.

2. Stichtagsregelungen

a) Bewertungszeitpunkt beim Anfangsvermögen

Nach § 1374 Abs. 1 BGB ist als Zeitpunkt für die Bestimmung des Anfangsvermögens auf den **Eintritt des Güterstands** abzustellen. Dabei wird nach § 1376 Abs. 1 BGB bei der Berechnung des Anfangsvermögens der Wert zugrunde gelegt, den das bei Eintritt des Güterstands vorhandene Vermögen in diesem Zeitpunkt hatte, wobei auch ein negatives Anfangsvermögen gem. § 1374 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen ist. Ist dem Anfangsvermögen späterer (privilegierter) Erwerb (§ 1374 Abs. 2 BGB) hinzuzurechnen, ist für die Bewertung der Zeitpunkt des Erwerbs maßgebend². Für Aktiva und Passiva ist auf denselben Bewertungszeitpunkt abzustellen, § 1376 Abs. 3 BGB. 46

Haben die Ehegatten durch Ehevertrag nichts anderes vereinbart, tritt der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft mit dem Tag der Eheschließung ein. Hatten die Ehegatten zunächst einen anderen Güterstand vereinbart, ist auf den Tag abzustellen, an dem mit Ehevertrag der Übergang zur Zugewinnngemeinschaft vereinbart wurde, soweit der Ehevertrag keine andere ausdrückliche Bestimmung enthält. 47

Wurde die Ehe vor dem 1.7.1958 geschlossen und wurde der Güterstand nicht wirksam ausgeschlossen, so ist als Bewertungszeitpunkt der 1.7.1958 heranzuziehen. Näheres ergibt sich aus Art. 8 Nr. 3 und Nr. 4 GleichberG. 48

Für **Ehen**, die **in der DDR** geschlossen wurden und für die der dortige gesetzliche Güterstand der „Eigentums- und Vermögensgemeinschaft“ galt, ist mit dem Einigungsstichtag 3.10.1990 der gesetzliche Güterstand des BGB, die Zugewinnngemeinschaft, eingetreten³, Art. 234 § 4 EGBGB. Die 49

1 BGH v. 6.10.2010 – XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 = FamRB 2011, 33: Ein am Bewertungsstichtag bestehender Unterhaltsrückstand ist als Passivposten im Endvermögen des Unterhaltsschuldners anzusetzen. Zu diesem auf den ersten Blick paradoxen Ergebnis: Kogel, FamRZ 2011, 779; OLG Celle v. 13.12.1990 – 12 UF 139/90, FamRZ 1991, 944; auch BGH v. 11.12.2002 – XII ZR 27/00, FamRZ 2003, 432 = FamRB 2003, 173 m. Anm. v. Schröder, FamRZ 2003, 434 und Kogel, FamRZ 2004, 1614 sowie Gerhardt/Schulz, FamRZ 2005, 145.

2 Dabei ist der dingliche Erwerb maßgebend, BGH v. 7.9.2005 – XII ZR 209/02, FamRZ 2005, 1974 = FamRB 2006, 1; OLG Bamberg v. 20.7.1989 – 2 UF 202/88, FamRZ 1990, 408.

3 Vgl. dazu Schwab, VII, Rn. 426 ff.; Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 1043 ff.

Bewertung eines Grundstücks erfolgt dabei nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der DDR zum Zeitpunkt der Eheschließung¹.

b) Bewertungszeitpunkt beim Endvermögen

aa) Grundsatz: Beendigung des Güterstands

- 50 Nach § 1375 Abs. 1 S. 1 BGB ist als Zeitpunkt für die Bestimmung des Endvermögens auf die **Beendigung des Güterstands** abzustellen. Dabei wird nach § 1376 Abs. 2 BGB bei der Berechnung des Endvermögens der Wert zugrunde gelegt, den das bei Beendigung des Güterstands vorhandene Vermögen in diesem Zeitpunkt hatte. Ist dem Endvermögen eine Vermögensminderung gem. § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB hinzuzurechnen, ist für die Bewertung der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Vermögensminderung eingetreten ist. Für Aktiva und Passiva ist auch beim Endvermögen auf denselben Bewertungszeitpunkt abzustellen, § 1376 Abs. 3 BGB.
- 51 Endet der gesetzliche Güterstand durch Tod eines Ehegatten, § 1371 Abs. 2 BGB, ist auf den Todestag abzustellen. Bei Aufhebung des gesetzlichen Güterstands durch Ehevertrag nach § 1408 Abs. 1 BGB ist auf den Tag abzustellen, an dem mit Ehevertrag die Aufhebung der Zugewinnsgemeinschaft vereinbart wurde, soweit der Ehevertrag keine andere ausdrückliche Bestimmung enthält.

bb) Vorverlegung bei Ehescheidung

- 52 In einigen Fällen wird der Bewertungsstichtag durch das Gesetz vorverlegt. Dazu zählt gerade der wichtigste Fall der Ehescheidung. Wird die Ehe geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, § 1384 BGB, also der **Tag der Zustellung des Scheidungsantrags**, §§ 124, 113 Abs. 1 S. 2 FamFG i.V.m. §§ 253, 261 Abs. 1 ZPO.
- 53 Um zu verhindern, dass ein Ehegatte sein Vermögen zum Nachteil des anderen verringert, wenn das Scheidungsverfahren bereits eingeleitet ist, ist nach § 1384 BGB der Zeitpunkt der **Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags** maßgebend. Daneben besteht kein Grund, den anderen Ehegatten ab diesem Zeitpunkt weiter am Zugewinn zu beteiligen. Angesichts des Wortlauts des § 1384 BGB (Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags) kommt es nicht schon auf den Zeitpunkt der Antragseinreichung bei Gericht² an.

1 AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg v. 14.11.2003 – 176 F 6596/97, FamRZ 2005, 107 entgegen AG Stuttgart v. 27.1.1999 – 27 F 47/94, FamRZ 1999, 1065. Anders aber *Schwab*, VII Rn. 437.

2 Vgl. dazu *Schwab*, VII Rn. 177 mwN.

➔ Wichtig:

Durch Stellung des Scheidungsantrags kann maßgeblich auf das Endvermögen Einfluss genommen werden. Liegt es im Interesse des Mandanten, den Stichtag auf einen möglichst frühen Zeitpunkt zu verlegen, zB weil in absehbarer Zeit mit einer Vermögensmehrung zu rechnen ist oder aber Vermögensverschiebungen des anderen Ehegatten zu befürchten sind, sollte der Scheidungsantrag bald gestellt werden. Dies gilt auch dann, wenn das Trennungsjahr noch nicht abgelaufen ist und der Antrag deshalb (zunächst) unzulässig ist, aber damit zu rechnen ist, dass er jedenfalls in der letzten mündlichen Verhandlung oder sogar erst in der Beschwerdeverhandlung zulässig wird.

➔ Praxistipp:

Soll der Stichtag schnellstmöglich herbeigeführt werden, insbesondere um Manipulationen des anderen Ehegatten zuvorkommen, sollte daran gedacht werden, **den Scheidungsantrag beim Verwaltungsgericht oder beim Sozialgericht einzureichen**¹. Denn im Verwaltungs- und Sozialgerichtsverfahren wird die Rechtshängigkeit des Antrags bereits durch den Eingang beim Verwaltungs- oder Sozialgericht herbeigeführt, §§ 81 Abs. 1, 90 Abs. 1 VwGO bzw. § 94 SozGG². Auf die Zustellung an den Antragsgegner kommt es für die Rechtshängigkeit in diesen Prozessordnungen nicht an. Verweist dann das zweifellos unzuständige Verwaltungs- oder Sozialgericht das Verfahren an das ausschließlich zuständige Familiengericht, so bleiben die Wirkungen der Rechtshängigkeit gem. § 17b Abs. 1 S. 2 GVG bestehen.

Auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ist grundsätzlich auch 54 dann abzustellen, wenn das Scheidungsverfahren längere Zeit ruht. Nach der Rechtsprechung wird sogar bei einer Ruhensdauer von neun Jahren auf den Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags abgestellt³. Nur in Ausnahmefällen, wenn die Ehegatten zB während des Ruhezeitraums wieder zusammengelebt und gemeinsam gewirtschaftet haben, kann der Zeitpunkt der Wiederaufnahme des Verfahrens als maßgeblicher Stichtag erwogen werden⁴.

1 *Kogel*, FamRB 2009, 164; *Kogel*, FamRZ 1999, 1252 und *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 270 ff.

2 Dagegen *Hagelstein*, FamRZ 2000, 341, der diesen Weg als rechtsmissbräuchliches Erschleichen eines Stichtages ansieht.

3 OLG Hamm v. 4.3.1992 – 5 UF 378/91, FamRZ 1992, 1180; vgl. auch OLG Hamm v. 25.10.1979 – 7 UF 39/79, NJW 1980, 1637.

4 OLG Bremen v. 29.10.1997 – 4 WF 75/97, FamRZ 1998, 1516; ähnlich auch OLG Hamm v. 4.3.1992 – 5 UF 378/91, FamRZ 1992, 1180. Einen Ausnahmefall behandelt auch die Entscheidung des AG Mölln v. 14.4.2000 – 1 F 20/00, FamRZ 2001, 291: Hier glaubten die Parteien fälschlicherweise zunächst, dass ein im Jahr 1992 gestellter Scheidungsantrag wirksam zurückgenommen worden sei und stellten nach zwischenzeitlicher Versöhnung im Jahr 1998 erneut Scheidungsantrag.

- 55 Wird der Scheidungsantrag rechtskräftig abgewiesen oder wirksam zurückgenommen und später ein weiterer Scheidungsantrag gestellt, der zum Erfolg führt, so ist die Rechtshängigkeit des neuen Scheidungsantrags maßgebend. Sind mehrere Anträge gestellt, kommt es auf die Rechtshängigkeit desjenigen an, der letztlich zum Erfolg führt¹.

➔ **Praxistipp:**

Wird für den Mandanten der Scheidungsantrag eingereicht und gewinnt der andere Ehegatte danach bis zur Rechtskraft des Beschlusses an Vermögen dazu, besteht keine Möglichkeit der Teilhabe über den Zugewinnausgleich mehr. Überlegenswert ist dann die Rücknahme des Scheidungsantrags. Allerdings wird der andere Ehegatte zuvor uU Widerantrag gestellt haben, damit der für ihn günstige frühe Stichtag in jedem Fall gilt. Auch hat der andere Ehegatte die Möglichkeit, der Rücknahme nicht zuzustimmen, sollte bereits mündlich verhandelt worden sein.

- 56 Stirbt ein Ehegatte während eines rechtshängigen Scheidungsverfahrens, in dem die Ehe voraussichtlich geschieden worden wäre, ist auch beim Zugewinnausgleichsverfahren nach § 1371 Abs. 2 BGB der Rechtshängigkeitszeitpunkt entsprechend § 1384 BGB maßgebend². Auf den Zeitpunkt des Todes kommt es in diesem Fall gerade nicht an.

cc) Vorverlegung bei vorzeitigem Zugewinnausgleich oder vorzeitiger Aufhebung

- 57 Wird im Fall des § 1385 BGB auf vorzeitigem Zugewinnausgleich bei vorzeitiger Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft und im Fall des § 1386 BGB auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft erkannt, so ist nach § 1387 BGB für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung der **Zeitpunkt der Zustellung des entsprechenden Antrags** maßgeblich. Wird während des laufenden Scheidungsverfahrens Antrag auf vorzeitigem Zugewinn eingereicht, ist der Berechnungszeitpunkt nach § 1384 BGB maßgebend³.

dd) Vorverlegung im Eheaufhebungsverfahren

- 58 Nach § 1318 Abs. 3 BGB i.V.m. § 1384 BGB ist im Verfahren der Aufhebung der Ehe auf die Rechtshängigkeit des Aufhebungsantrags als Stichtag abzustellen.

1 Schwab, VII Rn. 177.

2 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 23/01, FamRZ 2004, 527 = FamRB 2004, 141 und FamRB 2004, 142; BGH v. 14.1.1987 – IVb ZR 46/85, FamRZ 1987, 353 mwN; Schwab, VII Rn. 177.

3 OLG Hamm v. 2.4.1982 – 5 WF 147/82, FamRZ 1982, 609.

3. Anfangsvermögen

a) Begriff

Das Anfangsvermögen ist die Differenz des Werts der Aktiva und Passiva des Ehegatten zum maßgeblichen Bewertungszeitpunkt. Es wird der Wert zugrunde gelegt, den das bei Eintritt des Güterstands vorhandene Vermögen des Ehegatten zu diesem Zeitpunkt hatte, § 1376 Abs. 1 BGB. Aus § 1374 Abs. 3 BGB ergibt sich, dass das Anfangsvermögen auch negativ sein kann. 59

Sind dem Anfangsvermögen **spätere Erwerbsvorgänge** hinzuzurechnen (vgl. § 1374 Abs. 2 BGB), ist für deren Bewertung nicht der Eintritt des Güterstands, sondern **der Zeitpunkt des (dinglichen) Erwerbs** maßgebend. Auch der privilegierte Erwerb kann negativ sein, wenn mit ihm also Belastungen verbunden sind, die die Aktiva übersteigen, wie etwa im Fall, in dem ein Ehegatte einen überschuldeten Nachlass annimmt¹. 60

b) Negativer Wert

Nach § 1374 Abs. 3 BGB sind beim Anfangsvermögen Verbindlichkeiten über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen. Bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs wird also auch ein negatives Anfangsvermögen berücksichtigt, denn die **Schuldentilgung während der Ehezeit stellt einen wirtschaftlichen Gewinn für den bei Eintritt des Güterstands verschuldeten Ehegatten dar**, der güterrechtlich auszugleichen ist². 61

Beispiel:

Der Ehemann hatte bei Eintritt in den Güterstand Schulden von 30 000 Euro. Zum Endstichtag verfügte er über ein (positives) Vermögen von 120 000 Euro. Er hat also einen Zugewinn von 150 000 Euro erzielt. Die Ehefrau verfügte zum Anfangsstichtag über ein (indexiertes) Vermögen von 20 000 Euro, ihr Endvermögen belief sich auf 80 000 Euro, sie hat also einen Zugewinn von 60 000 Euro erzielt.

Der Ehefrau steht damit ein Zugewinnausgleichsanspruch gegen den Mann iHv. 45 000 Euro zu. Wäre das negative Anfangsvermögen des Ehemannes nicht zu berücksichtigen – wie dies bis zum 31.8.2009 nach dem nunmehr aufgehobenen § 1374 Abs. 1 letzter Halbs. BGB („die Verbindlichkeiten können nur bis zur Höhe des Vermögens abgezogen werden“) angeordnet war –, hätte der Ehefrau ein Zugewinnausgleichsanspruch iHv. lediglich 30 000 Euro zugestanden, an der Schuldentilgung des Ehemannes zwischen Anfangs- und Endstichtag von 30 000 Euro, die ja einen tatsächlichen Wertzuwachs darstellt, wäre sie also nicht beteiligt worden.

1 Koch, FamRZ 2008, 1124 (1125).

2 Mit der Einführung des § 1374 Abs. 3 BGB, der seit dem 1.9.2009 gilt, und der Streichung der früheren Regelung in § 1374 Abs. 1 BGB, wonach die Verbindlichkeiten nur bis zur Höhe des Vermögens abgezogen werden konnten, ist der Gesetzgeber einer jahrzehntelangen Forderung in der Literatur nachgekommen, die es als grob ungerecht empfand, die Tilgung von Schulden während der Ehe unberücksichtigt zu lassen, wenn ein Ehegatte mit Schulden in die Ehe gegangen ist, vgl. dazu Koch, FamRZ 2008, 1124; Hoppenz, FamRZ 2008, 1889; BR-Drucks. 635/08 und BT-Drucks. 16/10798 samt ergänzender BT-Drucks. 16/13027.

c) Aufstockung des Anfangsvermögens (privilegierter Erwerb)

aa) Sinn und Zweck

- 62 § 1374 Abs. 2 BGB regelt ausdrücklich vier Fälle (Erwerb von Todes wegen, mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung), in denen der Ehegatte nach Eintritt des Güterstands Vermögen erwirbt, das dem Anfangsvermögen nach Abzug der Verbindlichkeiten hinzuzurechnen ist. Dadurch soll erreicht werden, dass der andere Ehegatte an Zuwendungen nicht partizipiert, die weder ehebezogen sind noch in der Ehe erarbeitet wurden, die vielmehr allein auf persönlichen Beziehungen des begünstigten Ehegatten zu einem Dritten beruhen.
- 63 Soweit derartige Zuwendungen den Umständen nach zu den **Einkünften** des Empfängers zu rechnen sind, werden sie allerdings nicht dem Anfangsvermögen hinzugerechnet, § 1374 Abs. 2 letzter Halbs. BGB. Dazu zählen regelmäßige und auch einmalige Zuwendungen, die zur **Bestreitung der Lebensbedürfnisse** und damit zum **Verbrauch**, nicht aber zur Vermögensbildung bestimmt sind¹, zB für Konsumzwecke oder einmalige Gelegenheiten wie Reisen oder Ausbildung². Um dies zu bestimmen, sind je nach Einzelfall der Anlass der Zuwendung, die Willensrichtung des Schenkers und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschenkten zu berücksichtigen³.

➔ **Wichtig:**

Auf den ersten Blick wird oft übersehen, dass der privilegierte Erwerb nach § 1374 Abs. 2 BGB den Zugewinn mittelbar beeinflusst. Der andere Ehegatte wird nämlich nur vom ursprünglichen Wert des „Stamms“ des privilegierten Vermögens ausgeschlossen; **Wertsteigerungen**, die sich zwischen dem Erwerbszeitpunkt und dem Endstichtag ergeben und nicht auf Geldentwertung beruhen, **unterfallen dagegen dem Zugewinnausgleich**⁴. Nur der ursprüngliche Wert des privilegiert erworbenen Gegenstands selbst wird (unter Berücksichtigung der Geldentwertung) bei der Zugewinnausgleichsberechnung nicht berücksichtigt⁵.

Beispiele:

- Hat ein Ehegatte während der Ehezeit ein Grundstück geerbt und ergibt sich zwischen Erwerbszeitpunkt und dem Zeitpunkt der Beendigung des Güterstands eine Wertsteigerung, weil zB Agrarland zu Bauland wird, darf die Wert-

1 Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 42 ff.

2 OLG Karlsruhe v. 8.3.2001 – 5 WF 14/01, FamRZ 2002, 236.

3 BGH v. 1.7.1987 – IVb ZR 70/86, FamRZ 1987, 910.

4 Vgl. nur BGH v. 14.3.1990 – XII ZR 62/89, FamRZ 1990, 603; ausführlich *Muscheler*, FamRZ 1998, 265.

5 Dagegen mit einem konkreten Reformvorschlag zu § 1376 Abs. 2 BGB: *Battes*, FamRZ 2009, 261. Zur Einbeziehung von nicht auf Geldentwertung beruhenden Wertsteigerungen von Gegenständen des Anfangsvermögens: *Battes*, FamRZ 2007, 313; kritisch dazu *Hoppertz*, FamRZ 2008, 1889 (1891).

- steigerung dem Anfangsvermögen nicht hinzugerechnet werden, sondern findet nur bei Bestimmung des Endvermögens Berücksichtigung. Die Wertsteigerung unterfällt also gerade dem Zugewinn.
- Angesparte Mieteinnahmen, die eine geschenkte oder ererbte Immobilie erzielt und die bis zum Endstichtag noch im Vermögen des beschenkten oder bedachten Ehegatten vorhanden sind, werden dem Anfangsvermögen nicht hinzugerechnet, müssen also über den Zugewinn ausgeglichen werden. Gleiches gilt für angesparte Zinserträge und alle sonstigen Erträge, die das privilegiert erworbene Vermögen abwirft.

bb) Durchführung der Aufstockung

Der Wert des Erwerbsvorgangs, der dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen ist, ergibt sich nach Abzug aller Verbindlichkeiten, die mit dem Erwerbsvorgang im Zusammenhang stehen. Zu den Verbindlichkeiten zählen insbesondere dingliche Belastungen, Steuern, Nachlassverbindlichkeiten, Abwicklungskosten etc. Dabei gilt auch hier, dass **Verbindlichkeiten über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen sind**, § 1374 Abs. 3 BGB. 64

Beispiel:

Der Ehemann hatte bei Eintritt in den Güterstand weder Schulden noch Vermögen. Während der Ehe nimmt er einen mit 50 000 Euro überschuldeten Nachlass an, sein Anfangsvermögen wird über § 1374 Abs. 2 und Abs. 3 BGB negativ. Sein Endvermögen beläuft sich auf 100 000 Euro. Er hat damit einen Zugewinn von 150 000 Euro erzielt. Die Ehefrau verfügte weder über Anfangs- noch Endvermögen. Der Ehefrau steht damit ein Zugewinnausgleichsanspruch von 75 000 Euro zu. Der für den Ehemann durch die Schuldentilgung erzielte wirtschaftliche Gewinn schlägt also auf den Zugewinn durch und ist mit der Ehefrau zu teilen. Nach der bis zum 31.8.2009 geltenden Regelung wäre das Anfangsvermögen des Ehemannes mit null anzusetzen gewesen, der Ehefrau hätte ein Zugewinnausgleichsanspruch von lediglich 50 000 Euro zugestanden, die Tilgungsleistung des Ehemanns wäre nicht berücksichtigt worden.

Maßgeblich für die Bewertung ist der Zeitpunkt des Erwerbs, danach erfolgt eine Umrechnung auf die Verhältnisse zum Endstichtag (Indexierung¹). Soweit mehrere Erwerbsvorgänge nach § 1374 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen sind, ist von jeweils gesonderten Bewertungszeitpunkten auszugehen. 65

cc) Erwerb von Todes wegen oder mit Rücksicht auf künftiges Erbrecht

(1) Erwerb von Todes wegen

Durch den Zugewinnausgleich soll nicht die Beteiligung eines Ehegatten an den „Erschaften“ (Erwerb von Vermögen von Todes wegen) des anderen herbeigeführt werden. Zum Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt 66

¹ Laut *Klein*, FuR 2010, 122, soll eine Indexierung des negativen Anfangsvermögens nicht vorzunehmen sein. Dagegen aber zutreffend *Kogel*, NJW 2010, 2025 und *Haußleiter/Schulz*, 1, Rn. 62.

des Güterstands „von Todes wegen“ erwirbt, zählen neben der Erbschaft aufgrund gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge auch die Vorerbschaft, Vermächtnisse, Pflichtteilsansprüche, das aus einer Erbauseinandersetzung oder einem Erbschaftsstreit Erlangte sowie Abfindungen für einen Erbverzicht oder für eine Erbschaftsausschlagung. Beerbt ein Ehegatte den Gläubiger einer gegen ihn gerichteten Forderung („Konfusion“), liegt ein Erwerb von Todes wegen nach § 1374 Abs. 2 BGB vor¹. Eine Vorerbschaft ist mit dem Nutzwert dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen, den der Nachlass im Zeitpunkt des Erbfalles hat².

(2) Erwerb mit Rücksicht auf künftiges Erbrecht

- 67 Zuwendungen unter Lebenden, die im Vorgriff auf die erbrechtliche Lage erfolgen und insbesondere die Regelung der Vermögensverhältnisse nach dem Tod des Zuwendenden vorwegnehmen sollen³, sind dem Anfangsvermögen des Empfängers hinzuzurechnen. Beim Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht ist gerade typisch, dass der Erwerber eine **Gegenleistung** zu erbringen hat. Vollständige oder zumindest teilweise Unentgeltlichkeit ist nicht notwendig. Selbst wenn die vom Erwerber übernommenen Gegenleistungen den Wert der Zuwendung erreichen oder gar etwas überschreiten, kann es sich in Ausnahmefällen um einen „Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht“ handeln⁴. In der Praxis ist in solchen Fällen auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen. Sogar dann, wenn dem Erwerb (aus steuerlichen Gründen oder zur Vermeidung von Pflichtteilsansprüchen) ein Kaufvertrag zugrunde liegt, kann § 1374 Abs. 2 BGB Anwendung finden⁵.
- 68 Räumt der Erwerber dem Zuwendenden einen Nießbrauch, ein Leibgedinge oder ein Wohnrecht ein und/oder verpflichtet sich gegenüber dem Übergeber zur Ausgleichszahlung an andere Erbberechtigte oder in sonstiger Weise (Übernahme von Belastungen, Pflegevereinbarung, Grabpflege, Beerdigungskosten etc.), so kann ein Fall des § 1374 Abs. 2 BGB gegeben sein.

(3) Erhalt einer Lebensversicherungssumme als „Erwerb von Todes wegen“?

- 69 Erhält ein Ehegatte während des Güterstands **Leistungen aus der Lebensversicherung** eines verstorbenen Dritten, stellt dies keine Schenkung dar⁶. Der Zuwendende (Versicherer) hat als Gegenleistung die Prämien des Drit-

1 OLG Düsseldorf v. 7.10.1987 – 10 WF 212/87, FamRZ 1988, 287.

2 Dazu *Schwab*, VII Rn. 48 mwN.

3 BGH v. 27.6.1990 – XII ZR 95/89, FamRZ 1990, 1083.

4 BGH v. 27.6.1990 – XII ZR 95/89, FamRZ 1990, 1083.

5 BGH v. 1.2.1978 – IV ZR 142/76, FamRZ 1978, 334.

6 Anders aber *Schwab*, VII Rn. 144, der hier – entgegen der Rspr. – eine Schenkung annimmt.

ten erhalten. Es liegt auch kein Erwerb von Todes wegen vor, denn auf die Versicherungsleistung besteht ein Anspruch durch das Bezugsrecht, §§ 330 f. BGB. Im Ergebnis hat der BGH bei der Auszahlung einer Versicherungssumme nach dem Tod des Dritten in besonderen Konstellationen dennoch einen Fall des § 1374 Abs. 2 BGB angenommen und den Erwerb dem Anfangsvermögen des begünstigten Ehegatten zugeordnet, ohne eine Abgrenzung zwischen den beiden Varianten Erwerb „von Todes wegen“ oder „mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht“ vorzunehmen¹. Voraussetzung ist aber, dass zwischen dem bedachten Ehegatten und dem Zuwendenden eine **besondere persönliche Beziehung** und andererseits kein Zusammenhang mit der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft besteht. Der BGH sieht also nicht jede Auszahlung einer Lebensversicherung als Fall des § 1374 Abs. 2 BGB an, sondern begrenzt dies auf **Ausnahmefälle**. Zwischen dem Versicherten und dem Begünstigten muss eine enge, aber nicht notwendig verwandtschaftliche Beziehung bestehen.

➔ **Wichtig:**

Werden Leistungen aus Lebensversicherungsverträgen gewährt, die aus wirtschaftlichen Gründen (zB Kreditsicherung, steuerliche Vorteile) abgeschlossen wurden, liegt ein Fall des § 1374 Abs. 2 BGB nicht vor. Der Tod des Versicherungsnehmers ist dort alleiniger äußerer Anlass für den Erwerbsvorgang. Eine enge persönliche Beziehung, die für die Tatbestandsmerkmale „Erwerb von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht“ gerade typisch ist, besteht hier nicht.

dd) Erwerb durch (gemischte) Schenkung

(1) Schenkungsbegriff

Im Rahmen des § 1374 Abs. 2 BGB ist der Schenkungsbegriff nach den §§ 516 ff. BGB heranzuziehen². Unentgeltliche Leistungen an einen Ehegatten werden dessen Anfangsvermögen hinzugerechnet. Unentgeltlichkeit liegt vor, wenn der Erwerb von einer ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers rechtlich nicht abhängig ist³. Im konkreten Einzelfall ist also immer zu prüfen, ob der Zuwendung eine wie auch immer geartete Leistung des begünstigten Ehegatten gegenübersteht.

Leistungen des Arbeitgebers, auf die kein Anspruch besteht, stellen grundsätzlich keine Schenkung dar. Der begünstigte Ehegatte wird in diesem Falle regelmäßig für seine geleisteten und zukünftigen Dienste als Arbeitnehmer entlohnt, so dass Entgeltlichkeit gegeben ist⁴.

1 BGH v. 27.1.1988 – IVb ZR 13/87, FamRZ 1988, 593 und BGH v. 20.9.1995 – XII ZR 16/94, FamRZ 1995, 1562 mwN.

2 BGH v. 1.7.1987 – IVb ZR 70/86, FamRZ 1987, 910.

3 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, FamRZ 1992, 300 und BGH v. 18.3.1992 – XII ZR 262/90, FamRZ 1992, 1160.

4 OLG München v. 7.12.1994 – 12 UF 1150/94, FamRZ 1995, 1069.

(2) Gemischte Schenkungen

- 72 Wird nur ein Teil der Leistung unentgeltlich zugewendet, für den anderen Teil aber eine Gegenleistung gewährt, liegt eine gemischte Schenkung vor. Entsprechend ist nur der **unentgeltliche Teil**, also die Differenz zwischen dem Verkehrswert und der Gegenleistung, dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen¹. Bleibt das Entgelt für die Leistung lediglich hinter dem Verkehrswert zurück, ohne dass nach dem Willen der Parteien ein Teil der Leistung unentgeltlich bleiben soll, so stellt dies noch keine gemischte Schenkung dar.

ee) Hinzurechnung bei Schenkungen/Zuwendungen unter Ehegatten?

- 73 Im Rahmen des § 1374 Abs. 2 BGB stellt sich die Frage, ob auch Schenkungen der Ehegatten untereinander, die familienrechtlich regelmäßig als unbenannte oder ehebezogene Zuwendungen bezeichnet werden, dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen sind. Dies wird aber unabhängig davon, ob es sich um unbenannte Zuwendungen oder echte (ausdrückliche) Schenkungen handelt, verneint². Unentgeltliche Zuwendungen unter Ehegatten unterfallen auch dann nicht dem § 1374 Abs. 2 BGB, wenn sie mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfolgt sind³. Dies gilt sowohl für Schenkungen wie für unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten. Der Sinn der Norm ist dadurch gekennzeichnet, dass der Ehegatte des Erwerbers eines Vermögensgegenstands zu dessen privilegiertem (weil – auch – seinem Anfangsvermögen zuzurechnenden) Erwerb nichts beigetragen habe. Deshalb soll er auch an diesem Erwerb nicht über den Zugewinnausgleich partizipieren. Auf Zuwendungen, die ein Gatte dem anderen erbringe, trifft dieser Gedanke aber gerade nicht zu.
- 73a Derartige Zuwendungen unterliegen also in vollem Umfang dem Zugewinnausgleich, können aber im Rahmen des § 1380 BGB zur Anrechnung kommen, vgl. dazu Rn. 235.

ff) Schenkungen/Zuwendungen der Schwiegereltern

- 74 Zunächst hatte die Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass Zuwendungen, die ein Ehegatte während des Güterstands von seinen Schwiegereltern erhält und die der Ehegemeinschaft dienen sollen, keine Schenkungen darstellen. Nach der bis Ende Januar 2010 geltenden Rechtsprechung waren solche Zuwendungen nicht dem Anfangsvermögen nach § 1374

1 BGH v. 18.3.1992 – XII ZR 262/90, FamRZ 1992, 1160; OLG Bamberg v. 20.7.1989 – 2 UF 202/88, FamRZ 1990, 408.

2 BGH v. 26.11.1981 – IX ZR 91/80, FamRZ 1982, 246 und BGH v. 20.5.1987 – IVb ZR 62/86, FamRZ 1987, 791; Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 37; Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 125.

3 BGH v. 22.9.2010 – XII ZR 69/09, FamRZ 2010, 2057 = FamRB 2011, 1.

Abs. 2 BGB hinzuzurechnen¹, es handelte sich um Zuwendungen eigener Art. § 1374 Abs. 2 BGB fand keine Anwendung.

Erstmals mit der Entscheidung v. 3.2.2010 hat der BGH² diese Ansicht aufgegeben und in weiteren Entscheidungen³ fortgeführt. Schenkungen und Zuwendungen an das Schwiegerkind werden seither als Schenkungen nach § 516 BGB behandelt. Der BGH spricht von einer „ehebezogenen Schenkung“. Hierzu wird auch auf die Ausführungen in Kap. 10 unter Rn. 23 ff. verwiesen. Der Anspruch der Schwiegereltern ergibt sich damit über § 313 BGB, da sich die Schenkung der Schwiegereltern auf die Ehe des Kindes bezieht, diese also deren Geschäftsgrundlage bildet, die mit dem Scheitern der Ehe entfällt.

➔ **Wichtig:**

Die Schenkung ist vom Schwiegerkind jedoch **nicht in voller Höhe** zurückzugeben, denn solange die Ehe bestand, wurde ihr Zweck erfüllt. Abschläge richten sich nach der Ehedauer und sind zu schätzen. Damit sich die Schenkung nicht einseitig zulasten des eigenen Kindes auswirkt, muss der Wert der Schenkung im Anfangsvermögen und im Endvermögen des begünstigten Schwiegerkindes in Ansatz gebracht werden. Dies geschieht im Anfangsvermögen und im Endvermögen durch Reduzierung des Werts der Schenkung in Höhe des Rückübertragungsanspruchs, mit dem das beschenkte Schwiegerkind belastet wird bzw. belastet sein könnte. Der Wert des von der Schenkung vorzunehmenden Abschlags kann also erst dann für das Anfangsvermögen ermittelt werden, wenn die Ehe gescheitert ist⁴.

Vor Änderung der Rechtsprechung waren solche Zuwendungen entsprechend den Grundsätzen der Rückabwicklung über die unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten zu behandeln, und unterfielen somit dem Zugewinnausgleich. In diesen **Altfällen**, die von der Rechtsprechung bis zur Änderung ab Februar 2010 entschieden wurden, kamen die Zuwendungen dem Kind der zuwendenden Schwiegereltern auf diese Weise damit jedenfalls zur Hälfte zugute. Das eigene Kind partizipiert nach der neuen Rechtsprechung nun also nicht mehr über den Zugewinn zur Hälfte an der Schenkung/Zuwendung⁵. Die Schwiegereltern haben bei Schei-

1 Dazu die inzwischen überholte Rspr.: OLG Celle v. 27.3.2003 – 6 U 198/02, FamRZ 2003, 1657 = FamRB 2003, 278; BGH v. 12.4.1995 – XII ZR 58/94, FamRZ 1995, 1060 und BGH v. 28.10.1998 – XII ZR 255/96, FamRZ 1999, 365.

2 BGH v. 3.2.2010 – XII ZR 189/06, FamRZ 2010, 958, dazu: *Kogel*, FamRB 2010, 309 sowie Haußleiter/Schulz, 7, Rn. 5 ff.

3 BGH v. 21.7.2010 – XII ZR 180/09, FamRZ 2010, 1626 = FamRB 2010, 325 sowie BGH v. 20.7.2011 – XII ZR 149/09, FamRZ 2012, 273 m. Anm. *Wever* = FamRB 2012, 69.

4 Zutreffend weisen Haußleiter/Schulz, 7, Rn. 25 ff. darauf hin, dass damit der das Güterrecht beherrschende Grundsatz der Stichtagsbewertung durchbrochen wird.

5 Haußleiter/Schulz, 7, Rn. 19 ff.

tern der Ehe einen unmittelbaren Rückforderungsanspruch gegen das Schwiegerkind.

- 77 Verlangen nun, dh. auf Basis der seit Februar 2010 geltenden Rechtsprechung, die Schwiegereltern ihre Zuwendung vom Schwiegerkind zurück, so ist das Ergebnis des tatsächlich durchgeführten güterrechtlichen Ausgleichs zwischen den Eheleuten nach bisheriger Rechtsprechung („Altfälle“) ausnahmsweise in die Bewertung des Rückforderungsanspruchs der Schwiegereltern einzubeziehen. Es ist also zu berücksichtigen, dass die Hälfte der Zuwendung (auf Basis der bisherigen Rechtsprechung) bereits dem eigenen Kind zugeflossen ist. Daneben ist auch die Dauer der Ehe des Schwiegerkindes mit dem eigenen Kind zu würdigen, zumal in dieser Zeit der Zweck der Zuwendung (Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft des Kindes) erfüllt wurde¹.

➔ **Wichtig:**

Berufen sich die Schwiegereltern auf die seit dem 3.2.2010 geänderte Rechtsprechung des BGH und fordern beim Familiengericht² einen Teilbetrag der Zuwendung vom Schwiegerkind zurück, obwohl die Ehe des Kindes bereits lange vorher gescheitert ist, ergeben sich **Verjährungsprobleme**. Richtig erscheint es, den Beginn der Verjährung des Anspruchs der Schwiegereltern für Altfälle auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Entscheidung des BGH v. 3.2.2010 festzusetzen³. Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährung damit mit dem Schluss des Jahres 2010, so dass die dreijährige Verjährungsfrist nach § 195 BGB für diese „Altfälle“ zum **31.12.2013** abläuft. Sieht man den Ausgleichsanspruch als „Gegenleistung“ im Falle der **Übertragung eines Grundstücks** an, so gilt bei Grundstücksschenkungen der Schwiegereltern gegenüber dem Schwiegerkind die Verjährungsfrist von **10 Jahren** nach § 196 BGB.

78–79 Einstweilen frei

1 Haußleiter/Schulz, 7, Rn. 15 f. nehmen an, dass bei einer zehnjährigen Ehe (bis zum Zeitpunkt der Trennung) das Schwiegerkind nicht mehr als die Hälfte des Werts der Zuwendung an die Schwiegereltern erstatten muss. In den sog. Altfällen führte dies dann dazu, dass kein Rückforderungsanspruch der Schwiegereltern mehr bei einer Ehedauer von mindestens 10 Jahren besteht, wenn zuvor nach der bisherigen Rspr. zwischen den Eheleuten der güterrechtliche Ausgleich der Zuwendung der Schwiegereltern bereits hälftig erfolgt ist.

2 Die Familiengerichte sind seit dem 1.9.2009 für das Verfahren über den Rückgewähranspruch der Schwiegereltern gegen das Schwiegerkind zuständig, denn es handelt sich dabei um Familienstreitsachen nach §§ 112 Nr. 3 i.V.m. 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG.

3 Die Entscheidung des BGH v. 3.2.2010 – XII ZR 189/06, FamRB 2010, 197 wurde in der FamRZ am 15.6.2010 (Heft 12 = FamRZ 2010, 958) veröffentlicht. So auch Haußleiter/Schulz, 7, Rn. 41 ff.

gg) Ausstattung

Der Begriff der Ausstattung ist in § 1624 Abs. 1 BGB definiert. Danach liegt eine Ausstattung vor, wenn dem Ehegatten von einem Elternteil eine Zuwendung „mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung“ gemacht wird. 80

Selbst wenn eine Verpflichtung zur Zuwendung nicht bestand, gilt die Ausstattung nach § 1624 Abs. 1 BGB nur dann als Schenkung, wenn die Zuwendung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt, also übermäßig erscheint. 81

Beispiele:

- Überweisen die Eltern eines Ehegatten 50 000 Euro auf das gemeinsame Konto der Eheleute, so kann dies unter Bezugnahme auf § 2050 Abs. 1 BGB (Ausgleichspflicht der Abkömmlinge bei einer Ausstattung) als Ausstattung des Kindes angesehen werden. Eine Schenkung an das Kind und dessen Ehepartner liegt dann nicht vor¹. Die Zurechnung hat somit zum Anfangsvermögen des Kindes nach § 1374 Abs. 2 BGB zu erfolgen.
- Wird der gleiche Betrag einem Kind zur Existenzgründung zur Verfügung gestellt, ist er ebenfalls dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen, weil er der Begründung einer eigenen wirtschaftlichen Existenz dient. Zuwendungen für eine teure Reise, die Kosten einer Kfz-Reparatur oder auch zu Weihnachten sind dagegen den Einkünften zuzurechnen und deshalb nicht privilegiert.

Aussteuergegenstände, die von den Eltern ihrem Kind anlässlich der Hochzeit oder sonst während der Ehezeit zugewendet werden, sind – selbst wenn sie als Haushaltsgegenstand anzusehen sind – dem Anfangsvermögen des Kindes hinzuzurechnen². 82

hh) Streitige Sonderfälle und Analogiefähigkeit

Streitig ist, wie sonstige Leistungen, die in keinem Zusammenhang mit der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft stehen und die ein Ehegatte während des Güterstands erhält, behandelt werden. So beruhen **Schmerzensgelder** und **Abfindungen** für Schadenersatz- oder Witwenrenten, die an einen Ehegatten geleistet werden, oder ein **Lotteriegewinn** schon ihrer Art nach nicht auf einer gemeinsamen Lebensleistung der Ehegatten. 83

Die Rechtsprechung sieht in der Ausnahmenvorschrift des § 1374 Abs. 2 BGB (Erwerb von Todes wegen, Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, Schenkung oder Ausstattung) eine abgeschlossene Regelung, 84

1 AG Stuttgart v. 25.2.1998 – 23 F 1157/97, FamRZ 1999, 655.

2 OLG Celle v. 29.12.1998 – 19 UF 178/95, FamRZ 2000, 226.

die **nicht analogiefähig** ist¹. Der Grund für die dort genannten Zuwendungen liegt in der persönlichen Beziehung zwischen dem Zuwendenden und dem bedachten Ehegatten². Nach der Rechtsprechung kann eine Korrektur allenfalls über die Ausnahmegvorschrift des § 1381 BGB erfolgen. Die Rechtsprechung zu dieser Vorschrift ist äußerst restriktiv³. **Resultate, die auf der konsequenten Gesetzesanwendung beruhen, sind nicht grob unbillig**. Auch wenn Ergebnisse im Einzelfall ungerecht erscheinen, müssen sie grundsätzlich hingenommen werden. Im Interesse der Rechtssicherheit muss das **starre System des Zugewinnausgleichsrechts**, selbst wenn es im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führt, aufrechterhalten werden⁴.

- 85 In der Literatur wird dagegen die Analogiefähigkeit des § 1374 Abs. 2 BGB bejaht und die strenge Ansicht des BGH jedenfalls im Hinblick auf die Nichtberücksichtigung von Schmerzensgeldern als privilegierter Erwerb stark kritisiert⁵. Mit den zum 1.9.2009 in Kraft getretenen Neuregelungen zum Zugewinnausgleich, die gerade keine Erweiterung des § 1374 Abs. 2 BGB auf weitere „ehemalige“ Erwerbsvorgänge vorgesehen haben, obwohl eine entsprechende Erweiterung von der Literatur⁶ seit Jahren gefordert wurde, dürfte sich der Gesetzgeber für die Ansicht des BGH (Nichtberücksichtigung) entschieden haben.

4. Endvermögen

a) Begriff

- 86 Endvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung des Güterstands gehört, § 1375

1 Erstmals BGH v. 22.12.1976 – IV ZR 11/76, FamRZ 1977, 124; vgl. auch BGH v. 27.5.1981 – IVb ZR 577/80, FamRZ 1981, 755 und BGH v. 29.10.1981 – IX ZR 94/80, FamRZ 1982, 148 (Schmerzensgeldansprüche); auch BGH v. 29.10.1981 – IX ZR 94/80, FamRZ 1982, 148 (Abfindung für Schadenersatzrente) und BGH v. 29.10.1981 – IX ZR 86/80, FamRZ 1982, 147 (Abfindung für Witwenrente); von diesen Grundsätzen abweichend BGH v. 14.12.1994 – XII ZR 108/93, FamRZ 1995, 289 (Heiratserstattung nach § 1304 RVO aF), ohne aber die bisherige Rspr. aufzugeben.

2 *Muscheler*, FamRZ 1998, 265.

3 Vgl. BGH v. 26.3.1980 – IV ZR 193/78, FamRZ 1980, 768 und BGH v. 18.3.1992 – XII ZR 262/90, FamRZ 1992, 787.

4 BGH v. 11.12.2002 – XII ZR 27/00, FamRZ 2003, 432 = FamRB 2003, 173; vgl. dazu auch die Anm. von *Schröder*, FamRZ 2003, 434 und *Kogel*, FamRZ 2004, 1614. Grobe Unbilligkeit nach § 1381 BGB bejahte das OLG Stuttgart v. 29.3.2001 – 11 UF 331/00, FamRZ 2002, 99 bei einer Ausgleichsforderung, die sich aufgrund von Schmerzensgeldzahlungen nebst Abfindung für künftigen Verdienstausschlag ergibt und der künftigen Absicherung des geschädigten Ausgleichspflichtigen dienen sollte, so dass der Ausgleichsanspruch gekürzt wurde.

5 *Johannsen/Henrich/Jaeger*, § 1374 BGB Rn. 36; *Herr*, NJW 2008, 262; *Haußleiter/Schulz*, 1, Rn. 50; *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 715; *Schwab*, VII Rn. 162 und *Koch*, FamRZ 2008, 1124 (1129); *Hoppertz*, FamRZ 2008, 1889 (1891).

6 Ausführlich *Koch*, in *Schwab/Hahne*, Familienrecht im Brennpunkt, 2004, 139.

Abs. 1 BGB. Das Endvermögen ist die Differenz des Werts der Aktiva und Passiva des Ehegatten zum maßgeblichen Bewertungszeitpunkt. Die wertmäßige Ermittlung erfolgt nach denselben Grundsätzen wie beim Anfangsvermögen. Zum maßgeblichen Zeitpunkt („Beendigung des Güterstands“) für das Endvermögen s. Rn. 50 ff. Bei der Beendigung durch Ehescheidung ist nach § 1384 BGB der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags maßgebend.

Nach § 1375 Abs. 1 S. 2 BGB sind Verbindlichkeiten über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen. **Das Endvermögen kann also auch negativ sein.** Durch diese seit dem 1.9.2009 geltende Regelung werden die Fälle erfasst, in denen ein bei Eheschließung verschuldeter Ehegatte wirtschaftlich einen Zugewinn erzielt hat, obwohl er auch am Endstichtag noch Schulden hat. Es wird also der **Tilbungsgewinn** erfasst, der in der Reduzierung der Verbindlichkeit liegt. Insbesondere kann dadurch, dh. durch die Berücksichtigung des negativen Endvermögens und damit der Schuldentilgung auch ein Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten entfallen oder aber deutlich reduziert werden.

Beispiel 1:

Der Ehemann hatte bei Eheschließung 120 000 Euro Schulden und vermindert sie bis zum Endstichtag auf 70 000 Euro. Sein Zugewinn beträgt 50 000 Euro, sein Endvermögen bleibt aber im Minus (– 70 000 Euro). Hat die Ehefrau in der gleichen Zeit einen Zugewinn von 80 000 Euro erzielt, steht dem Ehemann damit ein Zugewinnausgleichsanspruch gegen die Ehefrau von 15 000 Euro zu. Die Schuldentilgung des Ehemannes wird also gegenüber der Ehefrau über die Berechnung des Ausgleichsanspruchs zur Hälfte berücksichtigt.

Nach der bis zum 31.8.2009 geltenden Rechtslage¹ konnte weder das Anfangsvermögen noch das Endvermögen des Ehemannes negativ sein, dieses war daher jeweils mit null anzusetzen. Da der Ehemann nach der früheren Rechtslage keinen Zugewinn erzielt hat, hatte er einen Zugewinnausgleichanspruch iHv. 40 000 Euro. Seine Schuldentilgung von 50 000 Euro, die gerade einen wirtschaftlichen Gewinn darstellt, fand also zugewinnausgleichsrechtlich keine Berücksichtigung.

Beispiel 2:

Der Ehemann hatte bei Eheschließung 100 000 Euro Schulden und vermindert sie bis zum Endstichtag auf 20 000 Euro. Sein Zugewinn beträgt 80 000 Euro, sein Endvermögen bleibt aber im Minus (– 20 000 Euro). Die Ehefrau hat in der gleichen Zeit einen Zugewinn von 60 000 Euro erzielt. Zwar hat der Ehemann damit einen um 20 000 Euro höheren Zugewinn erzielt, der gegenüber der Ehefrau mit 10 000 Euro auszugleichen wäre. Nach § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB (Begrenzung auf den Wert des Vermögens, das zum Endstichtag nach Abzug der Verbindlichkeiten vorhanden ist) besteht aber kein Ausgleichsanspruch der Ehefrau.

Nach der bis zum 31.8.2009 geltenden Rechtslage war die Schuldentilgung des Ehemanns überhaupt nicht zu berücksichtigen, da weder sein Endvermögen noch sein Anfangsvermögen negativ sein konnten, sondern jeweils mit null anzusetzen waren. Auf die Bestimmung des § 1378 Abs. 2 BGB kam es also gar nicht an. Der Ehemann hatte keinen Zugewinn erzielt und damit nach alter Rechtslage einen

¹ Zu den Übergangsregelungen, vgl. *Kogel*, FamRB 2009, 218 f.

Zugewinnausgleichanspruch iHv. 30 000 Euro gegen die Ehefrau. Seine Schuldentilgung von 80 000 Euro, die gerade einen wirtschaftlichen Gewinn darstellt, fand also zugewinnausgleichsrechtlich überhaupt keine Berücksichtigung.

Nach den seit dem 1.9.2009 geltenden Regelungen partizipiert die Ehefrau in diesem Fallbeispiel zwar über den Ausgleichsanspruch nicht zur Hälfte (40 000 Euro) an der Schuldentilgung des Ehemanns, da ihr wegen § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB kein Ausgleichsanspruch zusteht. Sie ist aber in jedem Falle nicht zum Ausgleich gegenüber dem Ehemann verpflichtet, wie dies nach der früheren Rechtslage der Fall war. Auch wenn sie nach der jetzigen Rechtslage wegen § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB keinen Ausgleichsanspruch hat, so wird sie gegenüber der bis zum 31.8.2009 geltenden Rechtslage zumindest um 30 000 Euro besser gestellt.

Beispiel 3:

Der Ehemann hatte bei Eheschließung 100 000 Euro Schulden und vermindert diese bis zum Endstichtag auf 20 000 Euro. Sein Zugewinn beträgt 80 000 Euro, sein Endvermögen bleibt aber im Minus (- 20 000 Euro). Die Ehefrau verfügt weder über Anfangsvermögen noch über Endvermögen, hat also keinen Zugewinn erzielt. Zwar hat der Ehemann damit einen um 80 000 Euro höheren Zugewinn erzielt, der gegenüber der Ehefrau mit 40 000 Euro auszugleichen wäre. Nach § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB (Kappungsgrenze) besteht aber kein Ausgleichsanspruch der Ehefrau (ausgenommen die Fälle, auf die die §§ 1375 Abs. 2 S. 1, 1378 Abs. 2 S. 2 BGB Anwendung finden).

Im Ergebnis hat sich hier gegenüber der bis zum 31.8.2009 geltenden Rechtslage nichts geändert. Denn sowohl nach den bis zum 31.8.2009 als auch nach den seit dem 1.9.2009 geltenden Vorschriften steht der Ehefrau kein Zugewinnausgleichsanspruch zu, obwohl der Ehemann seine Vermögenslage während der Ehezeit um 80 000 Euro verbessert hat.

b) Illoyale Vermögensminderungen

- 88 Voraussichtlich zugewinnausgleichspflichtige Ehegatten versuchen während der Trennungsphase häufig, ihr Vermögen durch „**Manipulation**“ zu vermindern und den Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten zu schmälern. Dem soll § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB entgegenwirken, der unter bestimmten Voraussetzungen eine Hinzurechnung nicht mehr vorhandener Vermögenswerte zum Endvermögen vorsieht. Der andere Ehegatte ist betragsmäßig so zu stellen, als ob die vermögensmindernde Handlung nicht erfolgt wäre.

➔ Wichtig:

Bei der Hinzurechnung müssen die Passiva neben den Aktiva im Endvermögen berücksichtigt werden. Ergibt sich zB ein Endvermögen des Ehemannes von - 30 000 Euro und hat er während der Ehezeit 20 000 Euro verschwendet, so ist sein Endvermögen unter Berücksichtigung der Hinzurechnung mit - 10 000 Euro anzusetzen. Auch für die Hinzurechnung ist also der ggf. negative Wert des Endvermögens maßgeblich.

aa) Unentgeltliche Zuwendungen

Dem Endvermögen kann der Gesamtbetrag unentgeltlicher Zuwendungen hinzugerechnet werden, die vom Ehegatten nach Eintritt des Güterstands bis zum Endstichtag vorgenommen wurden und die nicht einer „sittlichen Pflicht“ oder einer „auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht“ entsprochen haben, § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Unentgeltlich ist jede Vermögensverfügung, bei der durch sie bewirkten Verminderung des Vermögens keine Gegenleistung gegenübersteht¹. Daneben müssen sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit der gesamten Zuwendung oder eines Teils (gemischte Schenkung) einig sein. Jedenfalls bei einem **groben Missverhältnis** zwischen Leistung und Gegenleistung ist von einer gemischten Schenkung auszugehen.

Von der Vorschrift werden also in erster Linie **Schenkungen** nach § 516 BGB erfasst. Aus § 1375 Abs. 3 BGB („wenn der andere Ehegatte mit der Zuwendung einverstanden gewesen ist“) ergibt sich jedoch, dass Schenkungen der Ehegatten untereinander nicht dazugehören. Ausstattungen und Vermögensübertragungen an Verwandte mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, Spenden und Stiftungen unterfallen dagegen der Kategorie der unentgeltlichen Zuwendungen, werden allerdings idR ebenfalls vom Einverständnis des Ehegatten gedeckt sein.

Pflicht- und Anstandsschenkungen (vgl. dazu auch §§ 534, 814, 1641 BGB) werden jedoch von der Hinzurechnung ausgenommen. Insoweit ist auf den konkreten Einzelfall, insbesondere die Vermögens- und Lebenssituation, persönliche Beziehungen und die soziale Stellung der Beteiligten, abzustellen. Da § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB eine **Ausnahmevorschrift** ist, dürfen diese Begriffe nicht zu eng ausgelegt werden. Sogar Schenkungen eines Mannes an die mit ihm in nichtehelicher Gemeinschaft lebende Frau können einer sittlichen Pflicht entsprechen². Gerade Schenkungen und Ausstattungen der Ehegatten an Kinder oder nahe Angehörige und an karitative Einrichtungen oder zur Errichtung von Stiftungen sind daher – soweit sie sich in angemessenem Umfang halten und nicht zu einer gravierenden Verschlechterung der Position des anderen Ehegatten führen – zu den Pflicht- und Anstandsschenkungen zu zählen. War der andere Ehegatte mit der Zuwendung einverstanden oder sind seither zehn Jahre vergangen, wird der Betrag nicht dem Endvermögen zugerechnet, § 1378 Abs. 3 BGB.

bb) Verschwendung

Verschwendet ein Ehegatte zwischen dem Anfangs- und Endstichtag Vermögen, so ist der der Verschwendung entsprechende Betrag seinem Endvermögen nach § 1375 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB hinzuzurechnen. **Auch der Begriff der Verschwendung ist eng auszulegen.** Der Ehegatte muss unnützlich und ziellos Geldbeträge verausgabt oder in einem Maße über andere Ver-

1 BGH v. 9.4.1986 – IVb ZR 14/85, FamRZ 1986, 565.

2 Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 91.

mögensgegenstände verfügt haben, das in keiner Relation zu seinen Einkommens- oder Vermögensverhältnissen steht¹. Die Vermögensminderung muss völlig unvernünftig gewesen sein. Dabei müssen neben der wirtschaftlichen Seite auch die psychischen Ursachen und die Motivation berücksichtigt werden². Subjektive Gründe können unsinnigen Geldausgaben den Charakter einer Verschwendung nehmen³. **Allein ein großzügiger Lebensstil oder das Leben über die üblichen Verhältnisse reicht dazu nicht aus**⁴. Tritt jedoch ein plötzlicher Wandel des Lebensstils von einem bisher eher zurückhaltenden Konsumverhalten zu einem recht freizügigen und spendablen Ausgabeverhalten ein, so liegt die Annahme einer Verschwendung nahe⁵.

cc) Benachteiligungsabsicht

- 93 Der in der Praxis häufigste Fall ist die Vermögensminderung in der Absicht, den anderen Ehegatten zu benachteiligen. Diese Vermögensminderung ist dem Endvermögen gem. § 1375 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB dann wieder zuzurechnen. Der Begriff „Handlungen“ ist i.S.d. Vorschrift weit zu verstehen und umfasst neben Tathandlungen (zB Zerstörungsakte) auch Rechtsgeschäfte (zB Eingehen von Verbindlichkeiten); es ist also gleichgültig, ob sich die Vermögenseinbuße aus einer Minderung des vorhandenen Vermögens oder aus einer **Mehrung der Schulden** (zB unvernünftige Aufnahme eines Darlehens) ergibt. Die Absicht, den anderen zu benachteiligen, muss das leitende Motiv, nicht aber notwendig der einzige Anlass des Handelns gewesen sein.

dd) Bewertung der dem Endvermögen hinzuzurechnenden Vermögensminderungen

- 94 Eine dem Endvermögen hinzuzurechnende Vermögensminderung wird mit dem Wert zugrunde gelegt, den sie zum Zeitpunkt ihres Eintritts hatte, § 1376 Abs. 2 BGB. Dabei ist es unerheblich, wie sich das Vermögen entwickelt hätte (zB Zinsen einer Geldsumme oder Untergang eines verschenkten Gegenstandes), wäre die den anderen Ehegatten beeinträchtigende Handlung nicht erfolgt. Der nach § 1376 Abs. 2 BGB ermittelte

1 OLG Düsseldorf v. 8.4.1981 – 3 WF 44/81, FamRZ 1981, 806; OLG Karlsruhe v. 17.10.1985 – 2 UF 129/84, FamRZ 1986, 167; OLG Rostock v. 19.1.1999 – 8 WF 295/98, FamRZ 2000, 228.

2 OLG Schleswig v. 1.9.1986 – 15 UF 297/85, FamRZ 1986, 1208, was vom OLG Rostock v. 19.1.1999 – 8 WF 295/98, FamRZ 2000, 228, allerdings abgelehnt wird, wenn der Ehegatte – aus welchen Gründen auch immer – Bargeld verbrennt.

3 Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 95 mit Beispielen aus der Rspr. Nach anderer Auffassung sind jedoch die Ursachen und Motive des Handelns unbeachtlich und es kommt nur darauf an, ob die Ausgabe objektiv unnütz und übermäßig ist, vgl. *Schwab*, VII Rn. 185.

4 BGH v. 19.4.2000 – XII ZR 62/98, FamRZ 2000, 948.

5 Vgl. *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 178.

Wert ist zum Ausgleich des Kaufkraftschwunds entsprechend den Regeln für die Indexierung des Anfangsvermögens auf den Endstichtag hochzurechnen¹.

ee) Keine Analogiefähigkeit

Die in § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB beschriebenen Fallgruppen des illoyalen Verhaltens eines Ehegatten nach Eintritt des Güterstands bis zum Endstichtag, also in den meisten Fällen dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (§ 1384 BGB), sind abschließend². 95

ff) Zeitliche Grenze und gebilligte Vermögensminderungen

(1) Zeitablauf

Die Zurechnungen nach § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB sind zeitlich begrenzt: Ist die Vermögensminderung mindestens **zehn Jahre** vor Beendigung des Güterstands eingetreten, so wird der entsprechende Betrag dem Endvermögen nicht hinzugerechnet, § 1375 Abs. 3 BGB. Im Falle der Scheidung ist nach § 1384 BGB auf mindestens zehn Jahre vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags abzustellen. Dabei ist die Rechtshängigkeit desjenigen Scheidungsantrags maßgebend, der das Scheidungsverfahren eingeleitet hat, auch wenn dieser Antrag zurückgenommen oder abgewiesen wurde und die Ehe auf den Gegenantrag geschieden wurde³. Als vermögensmindernder Akt ist bereits das Verpflichtungs- und nicht das Verfügungsgeschäft maßgebend, sofern das Verpflichtungsgeschäft (form)wirksam war⁴. 96

(2) Vom anderen Ehegatten gebilligte Vermögensminderungen

Ist der andere Ehegatte mit der unentgeltlichen Zuwendung oder der Verschwendung – ausdrücklich oder stillschweigend – **einverstanden**, unterbleibt eine Hinzurechnung, § 1375 Abs. 3 BGB. Insbesondere dann, wenn der andere Ehegatte an der Verschwendung beteiligt war oder bei einer unentgeltlichen Zuwendung aus den Gesamtumständen seine Billigung zu entnehmen war, ist sein Einverständnis anzunehmen. Die bloße Duldung durch unterbliebenen Widerspruch oder reines Schweigen reichen dazu aber nicht aus. Zwar ist die Benachteiligungsabsicht nach § 1375 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB in § 1375 Abs. 3 BGB nicht aufgeführt, an ihr fehlt es aber denkbegrifflich schon, wenn der andere Ehegatte mit der Handlung einverstanden war. Auch dann hat eine Hinzurechnung zu unterbleiben. Eine Billigung kann allerdings nur deshalb, weil der andere Ehe- 97

1 Schwab, VII Rn. 180.

2 OLG Karlsruhe v. 17.10.1985 – 2 UF 129/84, FamRZ 1986, 167 mwN; Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 87; Johannsen/Henrich/Jaeger, § 1375 BGB Rn. 29.

3 BGH v. 22.5.1996 – XII ZR 14/95, FamRZ 1996, 1142.

4 Schwab, VII Rn. 188.

gatte nicht ernstlich oder nachdrücklich widersprochen hat (zB aus Furcht vor einem Ehestreit), nicht angenommen werden¹.

c) Beweislast für das Endvermögen und illoyale Vermögensminderungen

aa) Beweislast für das Endvermögen

- 98 Die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe des jeweiligen Endvermögens trägt der **Anspruchsteller**. Er muss also **sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen**, wie den Wert der einzelnen Gegenstände im jeweiligen Endvermögen und die Aktiva und Passiva beider Eheleute, sowie auch das **Nichtvorhandensein von Passiva** im Endvermögen des Gegners, **darlegen und ggf. beweisen**². Die Beweisnot für die Führung des Negativbeweises über Verbindlichkeiten des Anspruchsgegners (Abwesenheit von Passiva) wird dadurch gelindert, dass es die Rechtsprechung genügen lässt, wenn der konkrete Sachvortrag des Gegners zu Verbindlichkeiten durch den Antragsteller widerlegt wird³. Dem Verfahrensgegner obliegt dann die sog. **sekundäre Behauptungslast**, wenn der darlegungspflichtige Beteiligte außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Gegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind⁴.
- 99 In der Praxis führen diese Regeln im Ergebnis dazu, dass **jede Partei die Aktiva im Endvermögen des anderen Ehegatten sowie die Passiva im eigenen Endvermögen darlegt und beweist**⁵.

bb) Beweislast für illoyale Vermögensminderungen

- 100 Seit dem 1.9.2009 gilt die **Beweislastregel in § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB**, die den Schutz vor illoyalen Vermögensminderungen ergänzt: Ist das Endvermögen eines Ehegatten, also im Falle der Ehescheidung das Vermögen bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (§ 1384 BGB), geringer als das Vermögen, das er bei der Auskunft zum Trennungszeitpunkt angegeben hat, so muss der Ehegatte die Vermögensminderung nachvollziehbar darlegen und ggf. auch beweisen. Gelingt ihm das nicht, so wird vermutet, dass eine illoyale Vermögensminderung i.S. des Satzes 1 vorliegt, und der Differenzbetrag wird dem Endvermögen hinzugerechnet.
- 101 Die Beweislastregel in § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB korrespondiert mit den Auskunftsansprüchen nach § 1379 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung, vgl. dazu auch Rn. 186 ff.

1 Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 99.

2 BGH v. 1.10.1986 – IVb ZR 69/85, FamRZ 1986, 1196; OLG Hamm v. 11.4.1996 – 4 UF 454/95, FamRZ 1997, 87; Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 100 ff.

3 BGH v. 26.4.1989 – IVb ZR 48/88, FamRZ 1989, 954; OLG Hamm v. 11.4.1996 – 4 UF 454/95, FamRZ 1997, 87.

4 BGH v. 18.2.2009 – XII ZR 163/07, FamRZ 2009, 849 = FamRB 2009, 209.

5 Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 101.

➔ **Wichtig:**

Um sich die Möglichkeiten des erleichterten Nachweises der illoyalen Vermögensminderungen offen zu halten, hat der Rechtsanwalt eines Ehegatten den anderen Ehegatten zur Auskunftserteilung über dessen Vermögen zum Trennungszeitpunkt **unverzüglich** nach der Trennung bzw. unverzüglich nach Mandatsübernahme eines getrenntlebenden Ehegatten aufzufordern. Der Anspruch auf Auskunftserteilung zu einem solch frühen Zeitpunkt ergibt sich aus § 1379 Abs. 2 S. 1 BGB, bezieht sich aber nur auf den Trennungszeitpunkt, nicht auf den Anfangsstichtag. Im Gegensatz zu den Auskunftsansprüchen nach § 1379 Abs. 1 S. 1 BGB kommt es also nicht auf die Rechtshängigkeit des jeweiligen prozessualen Antrags an.

Ist ein Gegenstand, der in der Auskunft über das Vermögen zum Trennungszeitpunkt noch vorhanden war, zum Endstichtag nicht mehr vorhanden oder hat sich das Guthaben in diesem Zeitraum erheblich verringert, so hat der Ehegatte darzulegen und notfalls auch zu beweisen, was mit diesem Gegenstand bzw. dem zuvor vorhandenen Guthaben bis zum Endstichtag geschehen ist. Kann der Ehegatte diesen Nachweis nicht führen, so wird der Wert des Guthabens bzw. des Gegenstandes dem Endvermögen des Ehegatten zugerechnet, § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB. 102

➔ **Wichtig:**

Damit sich der eigene Mandant nicht der schwer zu entkräftenden Behauptung der illoyalen Vermögensminderungen zwischen Trennung und Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ausgesetzt sieht, hat der Rechtsanwalt ihn dazu anzuhalten, Ausgaben und Vermögensminderungen durch Belege und Bestätigungen zu dokumentieren.

Nach dem Willen des Gesetzgebers erfasst diese Beweislastregel jedoch **nicht** jene Fallkonstellationen, bei denen die Auskunft über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung **unvollständig oder unwahr** ist¹. Es werden also von der Beweislastregel nur solche Vermögensgegenstände erfasst, die der Ehegatte auch tatsächlich bei seiner Auskunft zum Zeitpunkt der Trennung angegeben hat und die er in seinem Vermögen zum Endstichtag dann nicht mehr aufführt. 103

Hat der die Auskunft begehrende Ehegatte Zweifel an der Richtigkeit und der Vollständigkeit der Angaben in der Auskunft über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung, so muss er dies substantiiert darlegen und gleichzeitig behaupten, dass bis zum Endstichtag eine illoyale Vermögensminderung des anderen Ehegatten vorliegt. Der andere Ehegatte muss sich dann nach den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln 104

¹ BT-Drucks. 16/13027, S. 10; *Brudermüller*, FamRZ 2009, 1185 (1187).

erklären, andernfalls wird die behauptete Tatsache als zugestanden anzusehen sein¹.

➔ **Wichtig:**

Hat der Rechtsanwalt Zweifel an der Richtigkeit und der Vollständigkeit der Angaben des anderen Ehegatten in der Auskunft über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung, so sollten diese Zweifel nicht erst bei der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs zum Endvermögen bzw. bei der Geltendmachung der Zugewinnausgleichsforderung angemeldet, sondern **unverzüglich** nach Erhalt der Auskunft über das Vermögen zum Trennungszeitpunkt gegenüber dem anderen Ehegatten dokumentiert werden.

➔ **Praxistipp:**

Bei Vermögensminderungen, die **zwischen dem Anfangsstichtag und dem Zeitpunkt der Trennung** erfolgt sind, gilt zwar die Vermutung des § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB **nicht**. Der Ehegatte, der sich auf illoyale Vermögensminderungen während des Zeitraums vor der Trennung beruft, muss daher Anhaltspunkte für ein Handeln i.S.d. § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB darlegen. Daran dürfen aber **keine allzu hohen Anforderungen** gestellt werden. Ausreichend ist die Schilderung von Umständen, aus denen sich ein Verdacht illoyaler Vermögensminderungen ergibt². Es liegt dann an dem anderen Ehegatten, diesen Verdacht zu entkräften.

- 105 Für die Rückausnahme des § 1375 Abs. 3 BGB (Zehn-Jahres-Frist bzw. Einverständnis des anderen Ehegatten) ist der Ehegatte, der sich darauf beruft, der also sein Vermögen vermindert hat, beweispflichtig³.

1 Schon vor Einführung des Auskunftsanspruchs über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung nach § 1379 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB und der damit seither einhergehenden Beweislastregel nach § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB wurde beim Verdacht illoyaler Vermögensminderungen ein ergänzender Auskunftsanspruch aus § 242 BGB hergeleitet, der auf einzelne Sachverhalte beschränkt war, die den Verdacht einer illoyalen Vermögensminderung nahe legen. Voraussetzung für einen solchen Ausnahmefall war, dass vom Berechtigten konkrete Anhaltspunkte für ein Handeln nach § 1375 Abs. 2 BGB vorgetragen werden, BGH v. 9.2.2005 – XII ZR 93/03, FamRZ 2005, 689. Diese Grundsätze sind auch nach der nunmehrigen Gesetzeslage auf Sachverhalte zu übertragen, bei denen der Verdacht illoyaler Vermögensminderungen besteht, die schon vor der Trennung erfolgt sind und für den Fall, dass Zweifel an der Richtigkeit und der Vollständigkeit über die Vermögensangaben zum Trennungszeitpunkt substantiiert behauptet werden.

2 BGH v. 19.4.2000 – XII ZR 62/98, FamRZ 2000, 948; OLG Köln v. 21.12.1998 – 27 WF 133/98, FamRZ 1999, 1071; OLG Bremen v. 14.11.1997 – 4 UF 62/97, FamRZ 1999, 94; OLG Köln v. 15.3.2004 – 12 WF 16/04, FamRZ 2004, 1584.

3 Haußleiter/Schulz, 1, Rn. 104.

IV. Vermögensbegriff, Verbindlichkeiten und einzelne Vermögensgegenstände

1. Vermögensbegriff

In das Anfangs- und das Endvermögen ist zum jeweiligen Stichtag das gesamte vorhandene Vermögen des jeweiligen Ehegatten einzustellen. Eine Ausnahme bilden beim Endvermögen die Haushaltsgegenstände, die im gemeinsamen Eigentum beider Ehegatten stehen, vgl. Rn. 142 ff. Auch sind die beim Versorgungsausgleich zu berücksichtigenden Werte nicht in das Anfangsvermögen und Endvermögen einzustellen, vgl. § 2 Abs. 4 VersAusglG, dazu Rn. 179 ff.

Als Vermögen werden alle am Stichtag vorhandenen geldwerten und rechtlich geschützten Positionen¹ oder die rechtlich geschützten Positionen mit wirtschaftlichem Wert² angesehen. Dabei ist es gleichgültig, ob diese Vermögenspositionen vererbbar bzw. übertragbar sind. Es kommt ausschließlich auf die Bewertbarkeit nach wirtschaftlichen Maßstäben an³.

2. Verbindlichkeiten

Vom Vermögen sind die Passiva, die Verbindlichkeiten, abzuziehen. **Darunter werden alle Verpflichtungen verstanden, die zum jeweiligen Stichtag das Vermögen des Ehegatten mindern.** Auch zum Stichtag entstandene, aber noch nicht fällige Verbindlichkeiten sind bei den Passiva zu berücksichtigen⁴.

Ist kein Vermögen am Anfangs- oder am Endstichtag vorhanden, sind die Verbindlichkeiten in Ansatz zu bringen: Aus § 1374 Abs. 3 BGB ergibt sich, dass das Anfangsvermögen auch negativ sein kann. Nach § 1375 Abs. 1 S. 2 BGB sind Verbindlichkeiten beim Endvermögen über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen. **Sowohl das Anfangsvermögen als auch das Endvermögen können also negativ sein.**

➔ Wichtig:

Zu einer **vollen** Berücksichtigung an dem in der Schuldenminimierung liegenden Zugewinn kommt es bei negativem Endvermögen aber nur dann, wenn der zum Endstichtag verschuldete Ehegatte ausgleichsberechtigt ist. Dann vermindert sich nämlich die Zugewinnausgleichsverpflichtung des anderen Ehegatten, der zum Endstichtag

1 BGH v. 27.10.1976 – IV ZR 136/75, FamRZ 1977, 41; BGH v. 3.10.1979 – IV ZR 103/78, FamRZ 1980, 39.

2 BGH v. 14.1.1981 – IVb ZR 525/80, FamRZ 1981, 239; BGH v. 15.1.1992 – XII ZR 247/90, FamRZ 1992, 411.

3 BGH v. 15.1.1992 – XII ZR 247/90, FamRZ 1992, 411.

4 BGH v. 23.10.1985 – VI ZR 138/84, FamRZ 1986, 37 (38).

Geschätzter marktgerechter Rechnungszins einer privaten Lebensversicherung (3,5 %, um 1 % vermindert wg. Anwartschafts- und Leistungsdynamik):	2,50 %
Daraus folgender Abzinsungsfaktor:	0,513
Rentenfaktor (= Barwertfaktor × Abzinsungsfaktor):	13,19
Wert der Versorgung zum Berechnungszeitpunkt (= Rente × 12 Monate × Rentenfaktor):	38 753,14 Euro
Betriebsrentenanrecht der Ehefrau, Direktzusage: Ehezeitanteil, Kapitalwert, (verfallbare Anrechtsdynamik von ca. 1 % ist unberücksichtigt geblieben):	30 000 Euro
Ausgleichswert, Kapitalwert:	15 000 Euro
Rentenbeginn 67, Rechnungszins = 5,25 % gemittelter Abzinsungsfaktor ($0,268 - 0,236 = 0,032/2 = 0,016 + 0,236 =$)	0,252
realistischer Abzinsungsfaktor bei Annahme eines Rechnungszinses von 3,5 %, ebenfalls ohne Anrechtsdynamik:	0,395
ergibt bereinigten Kapitalwert (Ausgleichswert!):	23 511,90 Euro

➔ Wichtig:

Über den Kapitalwert können **gleichartige** Anrechte verglichen werden; ansonsten ist der Kapitalwert von deutlich geringerer Aussagekraft. Um Anrechte möglichst zutreffend bewerten und vergleichen zu können, werden neben dem Kapitalwert Auskünfte zu den oben genannten wertbildenden Faktoren (ua. Zinssatz bei der Barwertberechnung, s. obigen Beispielsfall) benötigt. Außerdem muss das Berechnungsverfahren zu dem mitgeteilten Kapitalwert Aufschluss darüber geben, ob und in welcher Form diese wertbildenden Faktoren in die Berechnung bereits eingeflossen sind.

VI. Die auszugleichenden Anrechte und ihre Wertermittlung

1. Gesetzliche Rentenversicherung

- 43 Die gesetzliche Rentenversicherung ist im SGB VI geregelt. Sie ist die wichtigste Stütze der Altersvorsorge in der Bundesrepublik Deutschland. Das spiegelt sich in der Vielzahl von Fällen wider, die eine Rentenversicherungspflicht und daraus resultierend einen Anspruch auf eine Rente auslösen. In der gesetzlichen Rentenversicherung gibt es nach der Organisationsreform v. 9.12.2004¹ nur noch den Unterschied zwischen allgemeiner und knappschaftlicher Rentenversicherung. Als zuständige, jeweils rechtlich selbständige Versorgungsträger existieren die Deutsche Rentenversicherung (DRV) Bund (ehemals Bundesversicherungsanstalt für Angestellte = BfA), die ehemaligen Landesversicherungsanstalten (LVA) als regionale Versorgungsträger (jetzt zB DRV Westfalen) und die DRV Knappschaft Bahn See².

1 BGBl. I, 3242.

2 Vgl. Borth, FamRZ 2005, 1885 ff.; Dünn/Strotmeyer, FPR 2011, 490 f.

Die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung werden durch die **Beiträge** der Versicherten finanziert (§§ 157 ff. SGB VI), welche bis zur **Beitragsbemessungsgrenze**¹ auf die sozialversicherungspflichtigen Einkünfte der Versicherten erhoben werden. Dabei gilt das **Umlageverfahren** (§ 153 SGB VI): Die Einnahmen des laufenden Jahres werden für die Renten des laufenden Jahres verwendet. Es existiert kein Kapitalstock, mit Ausnahme einer Nachhaltigkeitsrücklage. Weil die gesetzliche Rentenversicherung zudem **versicherungsfremde Leistungen** erbringt (zB Renten für Kindererziehungszeiten, denen keine Beitragszahlungen gegenüberstehen), ist sie zur Finanzierung auf **Zuschüsse des Bundes** (§ 213 SGB VI) angewiesen. 44

Die gesetzliche Rentenversicherung erbringt Leistungen zur Rehabilitation (§§ 9 ff. SGBVI) und gewährt Renten in Form von **Alters-, Hinterbliebenen- und Invaliditätsrenten** (§§ 33 ff. SGB VI). 45

a) Versicherter Personenkreis

Aus der Praxis ist bekannt, dass im Scheidungsverbund jedes Versorgungsausgleichsverfahren mit der Aufklärung möglicher Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung eingeleitet wird. Von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht ist ein derart großer Personenkreis (§§ 1 ff. SGB VI) betroffen, dass nahezu jeder einmal Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung erworben haben kann. Nicht nur abhängig Beschäftigte (Arbeiter, Angestellte), sondern auch viele Selbständige (zB eingetragene Handwerker, Selbständige, wenn sie im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber arbeiten und keinen Arbeitnehmer mehr als geringfügig beschäftigten) sind Mitglieder der gesetzlichen Rentenversicherung. Erfasst sind aber auch besondere Personengruppen (zB Auszubildende, Künstler und Publizisten, Bezieher von Krankengeld, Arbeitslosengeld und sonstiger Sozialversicherungsleistungen, Seelotsen, Küstenschiffer und Küstenfischer, Privatlehrer, Personen, die Pflegeleistungen nach dem SGB XI erbringen). 46

➔ Praxistipp:

An eine Anwartschaft auf eine gesetzliche Rentenversicherung ist deshalb immer zu denken, etwa auch bei Beamten/Richtern, weil sie vor ihrer Verbeamtung abhängig beschäftigt gewesen sein können.

Ausnahmen von der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung sind in den §§ 5 f. SGB VI geregelt. Wichtigste Ausnahmen sind **Beamte/Richter** auf Lebenszeit, Zeit oder auf Probe, **Berufssoldaten** oder 47

¹ Im Jahr 2012 liegt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung bei 67 200 Euro in den alten Bundesländern und bei 57 600 Euro in den neuen Bundesländern. Andere Beitragsbemessungsgrenzen gelten für die knappschaftliche Rentenversicherung sowie für die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung.

Soldaten auf Zeit sowie Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst sowie Beschäftigte von Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die Anspruch auf eine Versorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen oder entsprechenden **kirchenrechtlichen** Regelungen haben, **geringfügig Beschäftigte** und auf Antrag versicherungsfreie Personen, wenn der Arbeitgeber eine der Beamtenversorgung gleichende lebenslange Versorgung zugesichert hat, oder die sog. Freiberufler, wenn sie Mitglied einer **berufsständischen Versorgungseinrichtung** sind, wie angestellte oder selbständige **Ärzte, Rechtsanwälte und Architekten**.

b) Ermittlung der Anrechte

48 Zur Ermittlung der Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung sind die vom Amtsgericht den Parteien übersandten Formulare, nämlich der **Fragebogen V 10**, der **Kontenklärungsantrag** und die **Bruttoentgeltbescheinigung** des Arbeitgebers für das Jahr des Ehezeitendes auszufüllen. Auf dieser Grundlage erteilt der Rentenversicherungsträger eine Auskunft über die insgesamt bis zum Ehezeitende erworbenen Anrechte und auf die nur in der Ehezeit erworbenen Anrechte, die folgende Abschnitte enthält:

- Versicherungsverlauf
- Entgeltpunkte für Beitragszeiten
- Entgeltpunkte für beitragsfreie und beitragsgeminderte Zeiten
- Entgeltpunkte für den Versorgungsausgleich

49 Die **Kontrolle** dieser Auskunft beginnt damit, dass der Versicherungsverlauf auf Vollständigkeit geprüft wird. In ihm sind alle Zeiten aufgelistet, aus denen Anwartschaften auf eine Rente erwachsen. Größere Versicherungslücken geben Anlass zur Nachprüfung, zB ob Kindererziehungszeiten bereits erfasst worden sind.

aa) Zusammensetzung des Rentenanrechts

50 Für die Höhe des jeweiligen Rentenanrechts sind nicht allein geleistete Beiträge, sondern zurückgelegte Zeiten von Bedeutung. Dabei geht es zwar auch, aber eben nicht allein darum, die gesetzlich vorgesehenen **Wartezeiten** (§§ 50 ff. SGB VI; dazu s. Rn. 66, 71) für die einzelnen Renten zu erfüllen. Die Rente wird aus Beitragszeiten, beitragsfreien und beitragsgeminderten Zeiten errechnet. Die Terminologie ist reichhaltig und verwirrend; in der Sache geht es darum, dass auch Anwartschaften für Zeiten erworben werden, für die keine Beiträge entrichtet werden müssen. Die wichtigsten und bekanntesten Beispiele hierfür sind Ausbildungszeiten und Kindererziehungszeiten.

(1) Beitragszeiten

Im „Normalfall“ einer abhängigen Beschäftigung bestimmt sich die Höhe der zu leistenden Beiträge nach dem Bruttoeinkommen des Beschäftigten, welches bis zur Beitragsbemessungsgrenze herangezogen wird. Den Rentenversicherungsbeitrag (im Jahr 2012: 19,6 % des herangezogenen Bruttoeinkommens) leisten Arbeitgeber und Arbeitnehmer hälftig. In der Auskunft des Rentenversicherungsträgers werden die geleisteten Beiträge den Zeiten, für die sie geleistet worden sind, zugeordnet und dementsprechend chronologisch aufgelistet. Die zeitliche Zuordnung geleisteter Beiträge ist für die spätere Ermittlung von Entgeltpunkten von Bedeutung (dazu s. Rn. 58). 51

(2) Sonstige Zeiten

Die sonstigen Zeiten sind dadurch gekennzeichnet, dass sie aus sozialpolitischen Gründen aufgewertet werden, indem ihnen der Gegenwert von nicht gezahlten Beiträgen gutgeschrieben wird. 52

Zur verwirrenden Terminologie in der gesetzlichen Rentenversicherung gehört, dass auch die **Kindererziehungszeiten** als Beitragszeiten gelten, obwohl für sie keine Beiträge zu erbringen sind, sondern als gezahlt gelten (§§ 55, 56 Abs. 1 S. 1 SGB VI)¹. Werden während Kindererziehungszeiten zusätzlich Beiträge, zB aus abhängiger Beschäftigung, geleistet, werden die Entgeltpunkte für Kindererziehungszeiten und die Entgeltpunkte aus der Beschäftigung bis zu einer Höchstgrenze zusammengerechnet². Für ab 1992 geborene Kinder werden drei Jahre als Kindererziehungszeiten berücksichtigt, für Geburten davor nur 12 Monate (§§ 249 Abs. 1, 56 Abs. 1 SGB VI)³. Es werden idR nur Zeiten der Erziehung im Inland berücksichtigt; eine Ausnahme gilt für im Ausland Wohnende, die unmittelbar vor der Geburt oder während der Kindererziehung arbeiten und Pflichtbeitragszeiten in der deutschen Rentenversicherung zurücklegen (weitere Einzelheiten: § 56 Abs. 3 SGB VI). 53

Für die Erziehung von Kindern ab dem 3. Lebensjahr bis zum 10. Lebensjahr (bei Pflege von pflegebedürftigen Kindern sogar bis zum 18. Lebensjahr) gibt es eine weitere privilegierte Phase nach § 57 SGB VI (sog. **Berücksichtigungszeit**), die nach Erwerb einer Anwartschaft von 25 Jahren mit rentenrechtlichen Zeiten durch die Zurechnung weiterer Entgeltpunkte nach § 70 Abs. 3a SGB VI aufgewertet werden kann und auch darüber hinaus bei der Rentenberechnung privilegiert ist (dazu s. Rn. 59). 54

1 Auf diese Weise können mit Hilfe von Kindererziehungszeiten die besonderen Voraussetzungen für eine Erwerbsminderungsrente nach § 43 SGB VI (sog. „ $\frac{3}{5}$ -Belegung“) erfüllt werden.

2 Vgl. hierzu *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 314.

3 Eingehend hierzu *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 313 f.

- 55 Hinzu können sog. **Anrechnungszeiten** nach dem Katalog des § 58 SGB VI treten. Als Anrechnungszeiten werden Zeiten ohne Beitragszahlung rentenrechtlich aufgewertet, in denen eine beitragspflichtige Beschäftigung aus sozial anerkannten Gründen nicht ausgeübt werden kann: Krankheit, Rehabilitation, Arbeitslosigkeit oder Ausbildungssuche, Ausbildung (maximal drei Jahre, § 74 S. 3 SGB VI), Bezug einer Erwerbsminderungsrente.
- 56 Wer eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit bezieht, erwirbt bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres **Zurechnungszeiten** nach § 59 SGB VI.
- 57 Wer während Anrechnungszeiten oder Zurechnungszeiten oder sog. Ersatzzeiten (§ 250 SGB VI) zugleich Beiträge aus einer Beschäftigung leistet, erwirbt hierdurch sog. **beitragsgeminderte Zeiten**, § 54 Abs. 3 SGB VI.

bb) Umrechnung in Entgeltpunkte

- 58 Die geleisteten Beiträge aus Beitragszeiten werden in **Entgeltpunkte** umgerechnet, § 63 Abs. 2 SGB VI. Zweck der Umrechnung ist es, eine Dynamisierung (Inflationsausgleich) der Rente zu ermöglichen. Die Anzahl der Entgeltpunkte wird im Verhältnis zu dem für das Jahr des Erwerbs gültigen Einkommensrahmen ermittelt. Die Höhe der aktuellen Rente oder Anwartschaft ermittelt sich dagegen aus einer Multiplikation der erworbenen Entgeltpunkte (ua.) mit dem sog. **aktuellen Rentenwert** (§ 63 Abs. 7 SGB VI), welcher nach § 68 SGB VI jährlich neu zum 1. Juli ermittelt wird und (gebremst durch einen demographischen Faktor, § 68 Abs. 4 SGB VI) die jeweilige Einkommensentwicklung in die Rentenberechnung mit einbringt. So wird eine Aufwertung der früher geleisteten Beiträge erreicht, die wegen der Einkommensentwicklung der Folgejahre sonst zunehmend erheblich an Wertigkeit verlieren würden.
- 59 Die Bewertung der sonstigen Zeiten ohne oder mit verminderter Beitragszahlung(spflicht) erfolgt über die Zuordnung von Entgeltpunkten in Abhängigkeit von den in Beitragszeiten geleisteten Beiträgen in dem belegungsfähigen Gesamtzeitraum (sog. **Beitragsdichtemodell**, § 71 Abs. 1 SGB VI¹). Dabei werden eine **Grundbewertung** nach näherer Maßgabe des § 72 SGB VI und eine **Vergleichsbewertung** nach § 73 SGB VI durchgeführt. Für diese Berechnung werden Berücksichtigungszeiten (s. Rn. 54) wie Kindererziehungszeiten (s. Rn. 53) behandelt, § 71 Abs. 3 Nr. 1 SGB VI. Wieviel Entgeltpunkte eine Person für beitragsfreie oder -geminderte Zeiten erwirbt, hängt also davon ab, wie lange sie im Übrigen beschäftigt war und wie hoch ihr Entgelt war. Im Verlaufe eines Arbeitslebens kann sich die Bewertung dieser Zeiten also ständig ändern. Fallen in die Ehe-

¹ Dazu näher *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 315, 335 ff. mit Rechenbeispielen.

zeit beitragsfreie oder -geminderte Zeiten, hängt ihre Bewertung nicht mehr davon ab, was nach dem Ehezeitende passiert ist¹.

cc) Nachentrichtung von Beiträgen

Die Möglichkeit, Beiträge zur gesetzlichen Versicherung nachzuentrichten, ist auf wenige Fälle beschränkt. Wichtigste Beispiele sind die Möglichkeit zur Nachzahlung für Ausbildungszeiten, die nicht (mehr) als Anrechnungszeiten berücksichtigt werden (§ 207 SGB VI), und zur **Wiederauffüllung** von Anwartschaften, die aufgrund einer vorangegangenen Ehescheidung im Versorgungsausgleich „verloren gegangen“ sind (§ 187 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI)². Werden Beiträge während der Ehezeit nachentrichtet, so unterliegen die hieraus erworbenen Anrechte nach den Grundsätzen des In-Prinzips dem Versorgungsausgleich in der neuen Ehe³. Maßgeblich ist damit nicht, ob die Zeiten, **für die** sie nachentrichtet werden, innerhalb oder außerhalb der Ehezeit liegen. Hiervon soll nach Ansicht des BGH⁴ selbst dann nicht nach § 27 VersAusglG abzusehen sein, wenn die Nachentrichtung aus einem Vermögen bewirkt worden ist, das nicht in der Ehezeit erworben wurde und dessen Berücksichtigung sich in einem Zugewinnausgleichsverfahren nicht ausgewirkt hätte.

Beispiel:

M hat nach seiner ersten Scheidung, aber schon während der neuen Ehe mit F2 einen Betrag von 25 000 Euro zur Nachentrichtung von Beiträgen nach § 187 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI in die gesetzliche Rentenversicherung eingezahlt. Er hat – mit oder ohne Berücksichtigung der 25 000 Euro – angesichts eines hohen Anfangsvermögens in der Ehezeit der neuen Ehe keinen Zugewinn erzielt. Wenn danach also evident ist, dass der eingezahlte Betrag nicht auf in der Ehezeit geschaffenen Werten beruht, kann im Einzelfall die Berücksichtigung der hierdurch erworbenen Entgeltpunkte grob unbillig sein⁵. Nach Ansicht des BGH ist M aber nur seiner ehelichen Verantwortung nachgekommen, indem er zusätzliche Altersvorsorge betrieben hat.

➡ Wichtig:

Weil es bei nachentrichteten Beiträgen auf den Zeitpunkt der Zahlung und nicht auf die Zuordnung der Beiträge zu den Zeiten, für die sie entrichtet sind, ankommt, ist die Frage nachentrichteter Beiträge stets anzusprechen und zu klären.

1 BGH v. 18.1.2012 – XII ZB 696/10, FamRZ 2012, 509 = FamRB 2012, 107; BGH v. 21.3.2012 – XII ZB 372/11, MDR 2012, 585; *Ruland*, Rn. 351, 1012.

2 Hierzu und zu anderen Fällen *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 291 ff.

3 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 294 unter Verweis auf BGH v. 20.6.2007 – XII ZB 126/04, FamRZ 2007, 1719 = FamRB 2007, 294.

4 BGH v. 18.1.2012 – XII ZB 213/11, FamRZ 2012, 434 m. krit. Anm. *Bergschneider*.

5 Ebenso bei Beitragsnachentrichtung in der Ehezeit, aber nach vollzogener Vermögensauseinandersetzung OLG Köln v. 30.11.1995 – 10 UF 13/95, FamRZ 1996, 1549. Zum Problem s. *Erman/Norpoth*, § 2 VersAusglG Rn. 14.

dd) Weitere Faktoren zur Ermittlung der Rentenanwartschaft und ihre Relevanz im Versorgungsausgleich

- 61 Zur Ermittlung der Rentenanwartschaft als Zahlbetrag ist eine Multiplikation erforderlich, deren Faktoren sich aus den errechneten **Entgeltpunkten**, dem **aktuellen Rentenwert** sowie aus einem **Zugangsfaktor** und einem **Rentenartfaktor** zusammensetzen. Während die Entgeltpunkte den Gegenwert der eingezahlten Beiträge oder der von der Rentenversicherung honorierten sonstigen Zeiten bilden und der aktuelle Rentenwert für die Dynamisierung sorgt, ist es Zweck des **Zugangsfaktors**, Zu- und Abschläge zu erfassen, die abhängig vom **Zeitpunkt des Rentenbezugs** sind. Wer mit Erreichen der Regelaltersgrenze in Rente geht, für den hat der Zugangsfaktor den Wert 1. Wer vorzeitig in Rente geht, muss Abschläge hinnehmen, wer nach Erreichen der Regelaltersgrenze trotz erfüllter Wartezeit die Rente nicht sofort in Anspruch nimmt, kann seinen Rentenanspruch erhöhen (Einzelheiten: § 77 SGB VI). Der **Rentenartfaktor** (§ 67 SGB VI) speist Unterschiede zwischen den unterschiedlichen Rentenarten in die Berechnung ein. Für die Altersrente und die Rente wegen voller Erwerbsminderung hat er stets den Wert 1; niedriger ist/wird der Wert bei Renten wegen teilweiser Erwerbsminderung sowie Hinterbliebenenrenten. Für knappschaftliche Renten ist er bei einem maximalen Wert von 1,3333 durchweg höher (Einzelheiten: § 82 SGB VI).
- 62 Im Versorgungsausgleich werden allein die Entgeltpunkte geteilt. Eine Umrechnung in eine fiktive Rente zum Ehezeitende findet nicht (mehr) statt, weil die Entgeltpunkte der Teilungsgegenstand sind. Darin liegt eine Vereinfachung gegenüber dem alten Recht, wonach zunächst die Übertragung/Begründung einer Rentenanwartschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung und anschließend die Umrechnung der Anwartschaft in Entgeltpunkte vorgesehen war¹. Diesen doppelten Zwischenschritt vermeidet das neue Recht – zumindest in der gesetzlichen Rentenversicherung².
- 63 Damit hat der Gesetzgeber zugleich einen Streit um die Relevanz des Zugangsfaktors für den Versorgungsausgleich entschieden. Auch das alte Recht sah zwar in § 1587a Abs. 2 Nr. 2 aF BGB vor, dass die Rentenanwartschaft ohne den Zugangsfaktor, also als Vollrente, zu berücksichtigen war. Der BGH vertrat jedoch die Ansicht, dass der Zugangsfaktor zur Wahrung des Halbteilungsgrundsatzes in verfassungskonformer Auslegung des § 1587a Abs. 2 Nr. 2 aF BGB insoweit Bedeutung haben müsse, als er bereits vor Ehezeitende durch die vorzeitige Inanspruchnahme der Rente unwiederbringlich verringert worden war. Es müsse deswegen eine

1 Vgl. §§ 1587a Abs. 2 Nr. 2, 1587b Abs. 1 und 6 aF BGB.

2 BT-Drucks. 16/10144, 82. Die Idee, die Berechnung durch Teilung in der jeweils maßgeblichen Bezugsgröße zu vereinfachen, scheitert allerdings in allen Fällen, in denen Kosten interner Teilung zu berücksichtigen sind, wie etwa der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes. Dort werden jetzt durch Hin- und Rückrechnung zusätzliche Rechenschritte benötigt.

Rentenanwartschaft mit einer geringeren Höhe in den Versorgungsausgleich einbezogen werden¹. Demgegenüber stellt der Gesetzgeber nunmehr klar, dass der Zugangsfaktor bei der Berechnung des Versorgungsausgleichs keine Relevanz (mehr) besitzt². Auch auf den aktuellen Rentenwert kommt es – wie nach dem alten Recht – nicht an. Auch der BGH hat auf der Grundlage des neuen Rechts inzwischen seine zum alten Recht vertretene Ansicht aufgegeben³. Bedeutsam bleibt dagegen der Rentenartfaktor hinsichtlich der Anwartschaften in der knappschaftlichen Rentenversicherung: Entgeltpunkte aus Anrechten in der knappschaftlichen Rentenversicherung werden, wie sich aus § 120f Abs. 2 Nr. 2 SGB VI ergibt, gesondert ausgeglichen. Gleiches gilt auch für die sog. angleichungsdynamischen Anrechte, die in den neuen Bundesländern seit dem 1.2.1992 erworben wurden; für diese Anwartschaften gilt ein abweichender (derzeit noch niedrigerer) aktueller Rentenwert (§ 255a SGB VI), der bis zur vollständigen Einkommensangleichung eine stärkere Dynamik aufweist als der aktuelle Rentenwert nach § 68 SGB VI.

c) Ermittlung des Ehezeitanteils

Der Ehezeitanteil in der gesetzlichen Rentenversicherung wird nach den Grundsätzen der unmittelbaren Bewertung (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 43 Abs. 1 VersAusglG) ermittelt. Weil die in der Ehezeit erworbenen Entgeltpunkte dieser unmittelbar zugeordnet werden können, sind zur Berechnung des Ehezeitanteils keine weiteren Rechengänge erforderlich. 64

Der Ehezeitanteil wird wiederum in Entgeltpunkten angegeben. Eine Umrechnung in eine Rente erfolgt nicht (s.o.). Entgeltpunkte in der gesetzlichen Rentenversicherung werden aber getrennt ausgewiesen (und geteilt), wenn sie nach den folgenden Gegensatzpaaren nicht übereinstimmend kombiniert sind: 65

- allgemeine oder knappschaftliche Rentenversicherung,
- regeldynamische (alte Bundesländer) oder angleichungsdynamische Anrechte (neue Bundesländer).

➔ Praxistipp:

Es können nach den obigen Kriterien in der Auskunft der gesetzlichen Rentenversicherung also bis zu vier Anrechte getrennt ausgewiesen werden. Dabei werden einzelne, auch werthaltige Anrechte erfahrungsgemäß leicht übersehen. Es empfiehlt sich daher dringlich, die Auskünfte der DRV sorgfältig zu lesen (einschließlich Rückseite von Seite 1)!

1 Vgl. zuletzt BGH v. 29.10.2008 – XII ZB 69/08, FamRZ 2009, 107 = FamRB 2009, 36; BGH v. 4.3.2009 – XII ZB 117/07, FamRZ 2009, 948 = FamRB 2009, 205, auch mN zur Kritik in der Literatur.

2 BT-Drucks. 16/10144, 81.

3 BGH v. 18.5.2011 – XII ZB 127/08, FamRB 2011, 237.

- 66 Nach § 43 Abs. 3 VersAusglG sind **besondere Wartezeiten** nur dann wert erhöhend zu berücksichtigen, wenn sie erfüllt sind. Wichtigstes Beispiel ist die Erhöhung von Berücksichtigungszeiten wegen der Erziehung von Kindern ab dem 3. bis zum 10. Lebensjahr nach § 70 Abs. 3a SGB VI, die erst stattfindet, wenn 25 Jahre mit rentenrechtlichen Zeiten vorhanden sind.
- 67 Eine Sonderregelung enthält § 43 Abs. 2 VersAusglG für im Beitrittsgebiet bis zum 31.12.1991 erworbene Rentenansprüche. Für diese Renten sieht die gesetzliche Rentenversicherung teilweise aus Gründen des Besitzschutzes Auffüllbeträge (§ 315a SGB VI) und Zuschläge (§ 319a SGB VI) vor, die aber im Laufe der Jahre abzuschmelzen sind. Diese Zuschläge lassen sich nur der Gesamtzeit zuordnen. Ihr in den Versorgungsausgleich fallender Anteil bestimmt sich deshalb nach dem Verhältnis der insgesamt erworbenen Entgeltpunkte (Ost) zu den in die Ehezeit fallenden Entgeltpunkten (Ost).

d) Ermittlung eines Kapitalwerts

- 68 Der Kapitalwert einer Rente(nanwartschaft) ist anhand der Entgeltpunkte leicht zu ermitteln. Das SGB VI hält in § 187 (bzw. in § 281a für das Beitrittsgebiet) einen Rechenweg zur Ermittlung des Betrags vor, den der Versicherte zur **Wiederauffüllung** im Versorgungsausgleich übertragener Rentenanwartschaften einzahlen kann. Dazu ist der Beitragssatz des Jahres zugrunde zu legen, in dem die Zahlung erbracht wird (2012: 19,6 %), ferner das für dieses Jahr ermittelte Durchschnittsentgelt. (2012: 32 446 Euro). Durch Zahlung des Beitragssatzes auf dieses Durchschnittsentgelt kann ein Entgeltpunkt erworben werden (§ 187 Abs. 3 SGB VI). Der Kapitalwert der ehezeitlichen Rentenanwartschaft errechnet sich für 2012 also nach der Formel: $32\,446 \text{ Euro} \times 19,6\% \text{ (ergibt einen Umrechnungsfaktor von } 6\,359,416) \times \text{Entgeltpunkte der ehezeitlichen Rentenanwartschaft}$.

e) Bezug einer laufenden Rente

- 69 Auch laufende Renten unterliegen dem Versorgungsausgleich. Für die Bewertung ihres Ehezeitanteils gilt nach § 43 Abs. 1, ggf. i.V.m. § 41 Abs. 1 VersAusglG ebenfalls die unmittelbare Bewertung, was bedeutet, dass auch hinsichtlich der laufenden Rente für den Versorgungsausgleich die in der Ehezeit erworbenen Entgeltpunkte maßgeblich sind.
- 70 Eine Besonderheit gilt für **Renten wegen Erwerbsminderung**, die zum Ende der Ehezeit bereits bezogen wurden. Wenn mit der Entziehung dieser Rente nicht mehr zu rechnen ist, ist die **Besitzschutzregelung** des § 88 Abs. 1 S. 2 SGB VI zu beachten, wonach bei einer späteren Umwandlung der Erwerbsunfähigkeitsrente in eine Regelaltersrente (§ 115 Abs. 3 SGB VI) mindestens die bisherigen persönlichen Entgeltpunkte zugrunde zu legen sind. Ist der Wert dieser Entgeltpunkte höher als der Wert der Ent-

geltpunkte einer fiktiven Altersrente, so wirkt sich die Bestandsschutzregelung auch im Versorgungsausgleich dahin aus, dass die höheren Entgeltpunkte der Berechnung zugrunde zu legen sind¹.

f) Wartezeiten

Für den Erwerb von Rentenansprüchen muss der Versicherte auch Wartezeiten erfüllen. Die allgemeine Wartezeit für eine Rente wegen Alters beträgt nach § 50 Abs. 1 S. 1 SGB VI 60 Monate. Diese Wartezeit kann nur mit Beitragszeiten² erfüllt werden, zu denen auch Kindererziehungszeiten gehören (s. Rn. 53). Solche Beitragszeiten können auch durch den Versorgungsausgleich erworben werden (§ 52 SGB VI); ein Verlust von Wartezeiten durch den Versorgungsausgleich ist aber nicht möglich. Ist davon auszugehen, dass auch bei Durchführung des Versorgungsausgleichs der Berechtigte nicht die allgemeine Wartezeit von 60 Monaten erfüllen wird, kann er aus den übertragenen Anrechten keine Rente beanspruchen. Dies kann bei Beamten auf Lebenszeit vorkommen. In einem solchen Fall kann von der Teilung der gesetzlichen Rentenanwartschaft nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG abzusehen sein. Durch den Hin-und-Her-Ausgleich kann eine Person als Ausgleichsberechtigte zugleich Wartezeiten erwerben und als Ausgleichspflichtige Anrechte abgeben. In diesem Fall soll sie nur bei einem positiven Saldo zwischen erworbenen und abgegebenen Anrechten Wartezeiten erwerben. Insoweit werden alle Entgeltpunkte (allgemein – knappschaftlich, West/Ost) gleich behandelt und der Saldo mit einem einheitlichen Faktor in Wartezeitmonate umgerechnet³. 71

g) Anrechte im Beitrittsgebiet

Für die im Beitrittsgebiet erworbenen, sog. angleichungsdynamischen Anrechte sah das alte Recht im VAÜG ein kompliziertes Regelwerk vor, das vielfach zur längerfristigen Aussetzung des Versorgungsausgleichs geführt hat. Zugrunde lag der Gedanke, dass wegen der unterschiedlichen Rentendynamik der Ost- und Westanrechte eine Vergleichbarmachung zwecks Saldierung nicht möglich war. Das schadete solange nicht, wie beide Ehegatten ausschließlich angleichungsdynamische Anrechte erworben hatten oder wie der Ausgleichspflichtige in der Ehezeit sowohl höhere Westanrechte als auch höhere Ostanrechte erworben hatte, weil dann eine getrennte Saldierung erfolgen konnte (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VAÜG aF). Wo aber eine **Verrechnung** von Ost- und Westanrechten notwendig gewesen wäre, musste der Versorgungsausgleich bis zur Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse (§ 2 Abs. 1 S. 2 VAÜG aF) ausgesetzt werden und wurde nur ausnahmsweise bei Vorliegen eines Rentenfalls gleichwohl 72

1 Vgl. eingehend *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 320 f., 342, 347 mwN zur Rspr.

2 Und mit Ersatzzeiten nach § 250 SGB VI, vgl. § 51 Abs. 4 SGB VI.

3 Einzelheiten bei *Ruland*, FPR 2011, 480; *Dünn/Strotmeyer*, FPR 2011, 492.

durchgeführt (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 VAÜG aF). Für letzteren Fall hielt das VA-ÜG Behelfsregelungen vor (§ 3 VAÜG aF)¹.

- 73 Diese Regelungen sind nunmehr überflüssig geworden, weil nach dem geltenden Recht eine Saldierung nur noch ausnahmsweise erforderlich ist². Wegen der unterschiedlichen Dynamik sind allerdings nach wie vor die im Beitrittsgebiet erworbenen Anrechte mit Entgeltpunkten (Ost) gesondert auszuweisen. Sie werden auch gesondert geteilt.

h) Steuerliche Behandlung von Renten in der gesetzlichen Rentenversicherung

- 74 Früher wurden Rentenversicherungsbeiträge im Zeitpunkt der Zahlung als Arbeitseinkommen hälftig versteuert: Der Beitrag des Arbeitnehmers zur gesetzlichen Rentenversicherung wurde nämlich aus seinem steuerpflichtigen Bruttoeinkommen gewonnen. Die spätere Rente wurde daher nur noch hinsichtlich ihres **Ertragsanteils** besteuert. Die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Renten und Beamtenpensionen war Gegenstand einer Entscheidung des BVerfG³, welches einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG feststellte. Der Gesetzgeber hat deshalb die Besteuerung mit Wirkung ab 2005 durch das Alterseinkünftegesetz umgestellt⁴. Seitdem werden die Renten der gesetzlichen Rentenversicherung schrittweise in eine **nachgelagerte Besteuerung** überführt. Dazu werden Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung schrittweise bis zu einem Höchstbetrag von 20 000 Euro (einschließlich Arbeitgeberanteil) von der Besteuerung befreit (§ 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 EStG), während im Gegenzug die Renten schrittweise einer vollen Besteuerung im Zeitpunkt der Zahlung unterzogen werden. Die vollständige nachgelagerte Besteuerung wird im Jahr 2040 erreicht (vgl. § 22 Nr. 1 S. 3 EStG). Auch die volle Besteuerung im Zeitpunkt der Rentenzahlung hängt freilich davon ab, dass Freibeträge überschritten werden, so dass eine Steuerlast in vielen Fällen möglicherweise überhaupt nicht entsteht⁵. Weil bei Durchführung des Versorgungsausgleichs von Bruttobeträgen ausgegangen wird, ist diskutiert worden, ob die unterschiedliche Besteuerung Anlass zur wertenden Korrektur des Versorgungsausgleichs wegen grober Unbilligkeit gibt (§ 1587c aF BGB; heute § 27 VersAusglG; dazu s. Rn. 325 ff., 333).

i) Alterssicherung für Landwirte

- 75 Einen eigenständigen Teil der gesetzlichen Rentenversicherung stellt die Altersversorgung für Landwirte nach dem ALG dar. Sie ist nur als **Teil-**

1 Einzelheiten hierzu bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 351 ff., 358 ff.

2 Beispiele: OLG Brandenburg v. 14.1.2011 – 10 UF 174/10, FamRZ 2011, 1299 f.; AG Neustadt a. Rbge. v. 20.8.2010 – 34 F 158/09 VA, FamRB 2011, 238.

3 BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, FamRZ 2002, 809.

4 Vgl. hierzu grundlegend *Breuers*, FPR 2011, 517 ff.

5 *Breuers*, FPR 2011, 518.

sicherung neben dem Altenteil konzipiert¹. Träger sind die **landwirtschaftlichen Alterskassen**, die bei den jeweiligen landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften errichtet sind (§ 49 ALG). Pflichtmitglieder der landwirtschaftlichen Alterskassen sind die **landwirtschaftlichen Unternehmer** der Land- und Forstwirtschaft einschließlich des Wein-, Obst-, Gemüse- und Gartenbaus sowie der Teichwirtschaft und Fischzucht (§ 1 Abs. 4 ALG), allerdings unter der Voraussetzung, dass der landwirtschaftliche Betrieb festgelegte Mindestgrößen erreicht (§ 1 Abs. 5 ALG; zB bei Imkern mindestens 100 Bienenvölker) und in Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird (§ 1 Abs. 7 ALG). Auch die nicht getrenntlebenden **Ehegatten** sind seit dem 1.1.1995 als Landwirte aus eigener Beitragszahlung in den Versicherungsschutz integriert, sofern sie nicht erwerbsunfähig sind (§ 1 Abs. 3 ALG). Die Leistungen der landwirtschaftlichen Alterskassen werden über die laufenden **Beiträge** der Versicherten und über **Bundeszuschüsse** finanziert. Die **Höhe** der Beiträge hängt (ebenso wie später die Höhe der Leistungen) nicht vom Einkommen ab. Sie beträgt für den Landwirt (und ggf. seine Frau) monatlich 3,46 % des in der gesetzlichen Rentenversicherung auf das dort ermittelte Durchschnittseinkommen eines Kalenderjahres berechneten Beitragssatzes; für mitarbeitende Familienangehörige beträgt der Beitrag die Hälfte hiervon (§ 68 ALG)². Die Renten berechnen sich nach folgender **Formel** (§ 23 Abs. 1 ALG):

Steigerungszahl × Rentenartfaktor × allgemeiner Rentenwert.

Die **Steigerungszahl** wird ermittelt, indem mit Beitragszeiten und Zu rechnungszeiten belegte Kalendermonate mit den Faktoren 0,0833, sonstige Zeiten mit dem Faktor 0,0417 multipliziert werden³. Sie ist die maßgebliche Bezugsgröße i.S.d. § 5 Abs. 1 VersAusglG. 76

Der **Rentenartfaktor** ergibt sich aus § 23 Abs. 6 ALG; für die normale Altersrente beträgt er 1,0. Abschläge bei vorzeitiger Inanspruchnahme regelt § 23 Abs. 8 ALG. 77

Der **allgemeine Rentenwert** ist für 1995 festgelegt worden und steigt seitdem parallel zum aktuellen Rentenwert in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 23 Abs. 4 ALG)⁴. 78

Das ALG sieht für den Erwerb von Ansprüchen auf eine Altersrente **längere Wartezeiten** vor als die gesetzliche Rentenversicherung⁵. Der Erwerb von Wartezeiten durch den Versorgungsausgleich war bei einem Aus- 79

1 *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 269.

2 Für 2012 ist der Beitrag durch Bekanntmachung v. 19.12.2011 (BGBl. 2011 I, S. 2799) auf monatlich 224 Euro in den alten Bundesländern und 191 Euro im Beitrittsgebiet festgesetzt worden.

3 Einzelheiten: § 23 Abs. 2 ALG.

4 Nähere Einzelheiten bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 489.

5 § 11 ALG: 15 Jahre Wartezeit für eine Regelaltersrente; für eine Erwerbsminderungsrente gilt nach § 13 ALG eine Wartezeit von fünf Jahren.

gleich von Anrechten nach dem ALG¹ zudem so ungünstig geregelt, dass die Teilung derartiger Anwartschaften wohl in vielen Fällen dem ausgleichsberechtigten Ehegatten keinen Rentenanspruch verschafft haben würde. Nach § 17 Abs. 3 ALG nF ist der **Erwerb** von Wartezeiten im Versorgungsausgleich **deutlich verbessert** worden. Die einmal erworbenen Wartezeiten werden bei einer späteren Abänderung des Versorgungsausgleichs nicht mehr entzogen (§ 17 Abs. 3 S. 4 ALG i.V.m. § 52 Abs. 1 S. 3 und 4 SGB VI).

- 80 Die **Ermittlung des Ehezeitanteils** unterliegt grundsätzlich der **unmittelbaren Bewertung**. Eine Ausnahme regelt § 97 Abs. 13 ALG für Fälle, in denen ein Anwartschaftserwerb vor der im Jahr 1995 erfolgten Systemumstellung in der Altersversorgung für Landwirte mit zu berücksichtigen ist. Für diesen Fall soll der Ehezeitanteil der Rentenanwartschaft **insgesamt zeiträtierlich** ermittelt werden².

Der **korrespondierende Kapitalwert** errechnet sich wie folgt: Summe der zu übertragenden Steigerungszahlen × 12-facher Monatsbeitrag (2012: 2688 Euro in den alten Bundesländern und 2292 Euro im Beitrittsgebiet)³.

- 81 Nicht in den Versorgungsausgleich fallen die **Landabgabenrente** (§§ 121 ff. ALG) und die **Rente wegen der Aufgabe der landwirtschaftlichen Produktion** nach § 8 Abs. 5, 7 des Gesetzes zur Förderung der Einstellung der landwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit⁴; beide Renten werden nicht mit Hilfe des Vermögens oder durch Arbeit begründet⁵.

Die **Besteuerung** der Altersrenten für Landwirte erfolgt entsprechend der Besteuerung gesetzlicher Renten (s.o. Rn. 74).

2. Beamtenversorgung und Versorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen

- 82 Die Beamtenversorgung war bis zur Föderalismusreform einheitlich für Beamte und Richter im BeamtVG geregelt. Nunmehr haben die Länder hinsichtlich der Landesbeamten und -richter auch die Befugnis zur Regelung der Beamtenversorgung. Dies führt aber bislang nur zu geringfügigen Abweichungen von den zuvor einheitlich geltenden Regelungen des BeamtVG⁶.
- 83 Die Leistungen der Beamtenversorgung werden nicht aus Beiträgen, sondern aus (Steuer-)Mitteln der anstellenden juristischen Person (Bund, Land, Gemeinde, Körperschaft) finanziert. Erst seit Januar 2003 werden

1 Das ALG sah vor der Neuregelung bereits die Möglichkeit der Realteilung von Anrechten vor.

2 Vgl. auch *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 401 f.

3 *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 402.

4 IdF des Art. 12 AgrarsozialreformG v. 21.2.1989, BGBl. I, 233.

5 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 491 mwN.

6 Vgl. §§ 1–3 des saarländischen BeamtVG, wonach das BeamtVG fast unverändert übernommen wird.

im Hinblick auf den demographischen Wandel Besoldungs- und Versorgungsanpassungen bei den Beamten des Bundes und der Länder zur Bildung einer **Versorgungsrücklage** nach § 14a BBesG gekürzt. Maßgeblich für die Höhe der Beamtenversorgung sind die Dienstzeit und die Höhe der ruhegehaltsfähigen Bezüge; letzteres ist idR das zuletzt vor dem Versorgungsfall bezogene Gehalt.

a) Erfasster Personenkreis

Versorgungsberechtigt sind die Beamten des Bundes, der Länder und der Gemeinden, ferner Richter, Berufssoldaten und in das Beamtenverhältnis berufene Hochschullehrer¹. 84

Auch sonst können Beschäftigte aus einem **privaten Dienst- oder Arbeitsverhältnis** Anspruch auf eine Versorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen haben (vgl. zB § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI²). Eine solche Versorgung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber die Leistungen selbst erbringt und nicht unter Zahlung von Beiträgen an andere delegiert: auch darf der Arbeitnehmer nicht am Aufbau der Versorgung durch Beitragszahlung beteiligt sein. Voraussetzung ist zudem, dass die Bemessungsgrundlagen denjenigen der Beamtenversorgung gleichen. Dazu muss die Versorgung zumindest nach dem letzten Arbeitsentgelt und der Beschäftigungsdauer ausgerichtet sein³. Ob der Träger der Versorgung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert ist, ist nicht relevant. Sicheres Indiz, aber nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer Versorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen ist die Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI oder bei Privatlehrern und Erziehern die Befreiung von der Versicherungspflicht nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI auf Antrag des Arbeitgebers⁴. 85

Handelt es sich bei dem Beamtenverhältnis nicht um ein solches auf Lebenszeit, dann ist zu differenzieren⁵: 86

Beamte und Richter auf Probe haben hinsichtlich der Versorgung zwar noch keine gesicherte, aber bereits eine hinreichend verfestigte Rechtsposition. Ihre Versorgungsanwartschaft ist dem Versorgungsausgleich zugrunde zu legen⁶. 87

1 Die Anrechte von ehrenamtlichen Beamten auf einen Ehrensold fallen nicht in den Versorgungsausgleich: BGH v. 18.5.2011 – XII ZB 139/09, FamRZ 2011, 1287 = FamRB 2011, 272.

2 Dazu s. zuletzt BGH v. 1.6.2011 – XII ZB 186/08, FamRZ 2011, 1216 ff.; BGH v. 20.7.2011 – XII ZB 463/10, FamRZ 2011, 1558 ff.

3 BVerfG v. 14.6.1960 – 2 BvL 7/60, BVerfGE 11, 203, 213.

4 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 211; BGH v. 20.7.2011 – XII ZB 463/10, FamRZ 2011, 1558 (1559).

5 Vgl. hierzu eingehend *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 200 ff.

6 BGH v. 13.1.1982 – IVb ZB 544/81, FamRZ 1982, 362; *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 202, 20.

- 88 **Beamte auf Widerruf** im Vorbereitungsdienst und **Zeitsoldaten** erwerben keine (gesicherte) Versorgungsanwartschaft. Auszugleichen ist nur ein Anspruch auf Nachversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung.
- 89 **Beamte auf Zeit** (regelmäßig: Kommunalbeamte) sind grundsätzlich nach § 66 BeamtVG den Beamten auf Lebenszeit gleichgestellt. Erfüllen sie aber nach Ablauf ihrer Amtszeit nicht die erforderliche Wartezeit, sind sie nach § 8 SGB VI in der gesetzlichen Rentenversicherung nachzuversichern. (Nur) in diesem Fall ist anstatt der Versorgungsanwartschaft das sich aus der Nachversicherung ergebende Anrecht in den Versorgungsausgleich einzubeziehen¹. Maßgeblich für diese Frage ist und bleibt nach Ansicht des BGH der Status zum Ehezeitende (bei Berücksichtigung der Zeit bis zum vorgesehenen Ende der Amtszeit): so soll die Wiederwahl eines kommunalen Wahlbeamten nach dem Ehezeitende auch kein Abänderungsgrund sein². Auch im Hochschulbereich werden idR zunächst Beamtenverhältnisse auf Zeit begründet. Wenn diese nicht zum Ende der Ehezeit in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit umgewandelt worden sind, ist das Anrecht nach h.M. stets nur mit dem Wert des Anspruchs auf Nachversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung zu bestimmen und zu teilen³.

b) Ermittlung der Versorgungsanwartschaft

- 90 Grundlagen der Berechnung jeder Versorgungsanwartschaft sind die ihr zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen, bei beamtenähnlichen Versorgungsleistungen die jeweiligen Satzungen und einzelvertraglichen Regelungen. Maßgeblich für die Bestimmung des ehezeitbezogenen Werts der Versorgungsanwartschaft ist der Wert, der sich zum Ende der Ehezeit ergäbe, wenn zu diesem Zeitpunkt der Versorgungsfall eingetreten wäre (§ 40 Abs. 3 VersAusglG).
- 91 Die Versorgungsanwartschaften von Beamten und Richtern errechnen sich aus den ruhegehaltsfähigen Dienstbezügen und dem Ruhegehaltsatz.

➔ Praxistipp:

Den Versorgungsträgern unterlaufen bei der Auskunft nicht selten Fehler, so dass die Auskünfte sorgfältig geprüft werden sollten⁴. Die Überprüfung sollte sich auf folgende Punkte erstrecken:

- Sind die ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge zutreffend berechnet?

1 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 209 f. mwN.

2 BGH vom 13.9.2006 – XII ZB 70/01, FamRZ 2007, 30 = FamRB 2007, 38; dazu kritisch Bergner, FamRZ 2007, 533 und *Borth*, FamRZ 2008, 2069 f. Vgl. dazu auch ausführlich Erman/*Norpoth*, § 5 VersAusglG Rn. 5.

3 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 214; vgl. dazu ausführlich Erman/*Norpoth*, § 44 VersAusglG Rn. 9 mwN.

4 HK-Familienrecht/*Hauß*, § 44 VersAusglG Rn. 43.

- Ist die Dienst- oder Lebensaltersstufe zum Ehezeitende richtig erfasst?
- Sind die Dienstzeiten vollständig erfasst?
- Sind Ruhensbeträge bei Zusammentreffen von Pensions- und Rentenansprüchen korrekt berechnet?
- Ist das Pensionsalter bei bestimmten Berufsgruppen (Soldaten; Polizei) richtig berücksichtigt?
- Ist eine Teilzeittätigkeit berücksichtigt?
- Ist der richtige Ruhegehaltssatz in Ansatz gebracht?

aa) Ruhegehaltsfähige Dienstbezüge

Die ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge setzen sich aus mehreren Bestandteilen zusammen (vgl. zB § 5 BeamtVG), die aber im Versorgungsausgleich nicht sämtlich von Bedeutung sind: 92

- Grundgehalt,
- Familienzuschlag der Stufe 1,
- sonstige Dienstbezüge, die im Besoldungsrecht als ruhegehaltsfähig bezeichnet sind,
- bestimmte Leistungsbezüge für Professoren der Besoldungsgruppen W2 und W3 nach Maßgabe des § 33 Abs. 1 und 3 BBesG.

Für den Versorgungsausgleich ist der **Familienzuschlag** nach § 40 Abs. 5 93 VersAusglG **unbeachtlich**; das Grundgehalt und die sonstigen ruhegehaltsfähigen Dienst- und Leistungsbezüge sind dagegen maßgeblich¹. Zuschläge wegen **Kindererziehungszeiten** (vgl. §§ 50a, 50b, 50d BeamtVG) sind keine familienbezogenen Bestandteile i.S.d. § 40 Abs. 5 VersAusglG. Sie sind auszugleichen und – abweichend von der übrigen Beamtenversorgung – unmittelbar zu bewerten² (s. auch Rn. 102).

Die Höhe des Grundgehalts bestimmt sich nach der Besoldungsgruppe, 94 ggf. in Verbindung mit der **Dienst- oder Lebensaltersstufe**; maßgeblicher **Zeitpunkt** ist hierfür das **Ehezeitende**.

Die Dienstbezüge nach einer **Beförderung** wirken sich nach § 5 Abs. 3 BeamtVG 95 auf das Ruhegehalt nur dann aus, wenn jene mindestens drei Jahre vor Eintritt in den Ruhestand erfolgt ist. Diese Regelung hat das BVerfG insoweit für verfassungswidrig erklärt, als die Wartezeit von zuvor zwei auf drei Jahre verlängert worden ist³. Danach stellt sich die Fra-

1 Palandt/*Brudermüller*, § 44 VersAusglG Rn. 7; OLG Karlsruhe v. 18.6.2004 – 16 UF 235/03, FamRZ 2005, 1747 f. (allg. Stellenzulage); BGH v. 28.9.1994 – XII ZB 178/93, MDR 1995, 286 f. (Polizeizulage).

2 OLG Celle vom 13.5.2011 – 10 UF 65/11, FamRB 2011, 303; *Bergner*, FamFR 2011, 220.

3 BVerfG v. 20.3.2007 – 2 BvL 11/04, NVwZ 2007, 679 ff.

ge, ob eine Beförderung innerhalb eines 2-Jahres-Zeitraums vor dem **Ehezeitende** für die Bemessung des in den Versorgungsausgleich fallenden Anrechts maßgeblich ist. Diese Frage ist unter Hinweis auf § 5 Abs. 2 S. 2 VersAusglG (früher: § 1587a Abs. 7 S. 1 aF BGB) zu bejahen, soweit die Wartezeit von zwei Jahren bis zum Erreichen der maßgeblichen **Altersgrenze** noch erfüllt werden kann¹.

- 96 Der BGH hat allerdings entschieden, dass eine **Stellenzulage als Strahlflugzeugführer** und Kampfbeobachter nur dann im Versorgungsausgleich zu berücksichtigen ist, wenn sie **im Zeitpunkt der Entscheidung** bereits **ruhegehaltstfähig** ist (dafür ist im Regelfall eine mindestens fünfjährige zulagenfähige Verwendung erforderlich)². Dass die erforderliche Verwendungszeit erfüllt werde, könne hier nicht als wahrscheinlich angenommen werden, weil Voraussetzung dafür während der gesamten Verwendungszeit eine hohe physische und psychische Belastbarkeit des Soldaten sei. In einem solchen Fall muss daher, wenn die Stellenzulage zu einem späteren Zeitpunkt ruhegehaltstfähig wird, ggf. ein Abänderungsverfahren nach den §§ 225, 226 FamFG durchgeführt werden.
- 97 Hat der Beamte Anspruch auf eine **Sonderzuwendung** („Weihnachtsgeld“), so ist auch diese in den Versorgungsausgleich einzubeziehen und mit $\frac{1}{12}$ ihres jeweiligen Werts der monatlichen Versorgung hinzuzurechnen. Mögliche Unterschiede in der zukünftigen Entwicklung (Dynamik) dieser Sonderzuwendung und der übrigen Versorgung sind dabei unbeachtlich; maßgeblich ist der **zum Zeitpunkt der Entscheidung** geltende Bemessungsfaktor³.

bb) Dienstzeiten

- 98 Regelungen zu den ruhegehaltstfähigen Dienstzeiten finden sich (für Bundesbeamte) in den §§ 6–12 BeamtVG.
- 99 Die regelmäßige Dienstzeit beginnt mit der Berufung in das Beamtenverhältnis, frühestens mit dem 17. Lebensjahr, und endet mit dem Eintritt in den Ruhestand. Hinzu treten **Anrechnungszeiten**. Zwingend anzurechnen sind Zeiten des Wehr- und Zivildienstes. Hat der Beamte vor der Berufung in das Beamtenverhältnis schon aufgrund eines Arbeitsvertrags im öffentlichen Dienst gearbeitet, **sollen** diese Zeiten (ab 17. Lebensjahr) ebenfalls angerechnet werden (§ 10 BeamtVG). Zeiten der Berufsausbildung **können** bis zu drei Jahren angerechnet werden (§ 12 BeamtVG), ebenso bestimmte berufliche Tätigkeiten (zB als Rechtsanwalt, Notar, im Dienst von anerkannten Religionsgesellschaften, als Entwicklungshelfer) nach § 11 BeamtVG.

¹ Vgl. *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 226.

² BGH v. 14.7.1982 – IVb ZB 726/81, FamRZ 1982, 1003; BGH v. 9.7.1986 – IVb ZB 139/83, FamRZ 1986, 975.

³ ZB BGH v. 14.3.2007 – XII ZB 85/03, FamRZ 2007, 994 (995); BGH v. 2.7.2008 – XII ZB 80/06, FamRZ 2008, 1833 (1834) = FamRB 2008, 364.

Die Berücksichtigung von sog. **Kann-Zeiten** im Versorgungsausgleich ist in den Fällen umstritten, in denen eine Entscheidung der Dienstbehörde hierüber noch nicht getroffen ist. Nach der Rechtsprechung des BGH sind sie einzubeziehen, wenn ihre Anerkennung nur von einem Antrag des Beamten abhängt; steht sie allerdings im **Ermessen** der Dienstbehörde, muss zunächst das Familiengericht von Amts wegen aufklären, wie die Behörde ihr Ermessen auszuüben beabsichtigt¹. 100

Auf diesem Wege kann es zur Berücksichtigung von Zeiten kommen, für die der Beamte auch Anwartschaften in der **gesetzlichen Rentenversicherung** erworben hat. In einem derartigen Kollisionsfall wird die Beamtenversorgung nach § 55 BeamtVG gekürzt, was auch im Versorgungsausgleich zu berücksichtigen ist. Im Versorgungsausgleichsverfahren erbitten die Träger der Beamtenversorgung deshalb häufig vorab eine Übersendung der Auskunft der DRV über erworbene Anwartschaften des Beamten in der gesetzlichen Rentenversicherung, um Überschneidungen erkennen und die Kürzungen berechnen zu können (zu Ruhens- und Anrechnungsvorschriften vgl. Rn. 120 ff.). 101

Kindererziehungszeiten werden nicht der Dienstzeit hinzugerechnet. Vielmehr werden sie in der Weise berücksichtigt, dass dem Ruhegehalt ein Betrag entsprechend dem Wert der Kindererziehungszeit in der gesetzlichen Rentenversicherung zugeschlagen wird (Kindererziehungszuschlag nach § 50a BeamtVG). Dabei bemisst sich der Zuschlag wie in der gesetzlichen Rentenversicherung für nach dem 31.12.1991 geborene Kinder nach einer Erziehungszeit von 36 Monaten und für die davor geborenen Kinder nach einer Erziehungszeit von 12 Monaten (§ 50a Abs. 8 BeamtVG). Der Kindererziehungszuschlag ist – ebenso wie der Kindererziehungsergänzungszuschlag (§ 50b BeamtVG) – kein Familienzuschlag i.S.d. § 40 Abs. 5 VersAusglG und daher auszugleichen² (dazu s. oben Rn. 93). 102

Einen Sonderfall stellen auch **Zurechnungszeiten** nach § 13 BeamtVG dar³. Diese erwirbt ein Beamter, der vor Erreichen des 60. Lebensjahrs dienstunfähig wird, iHv. 2/3 der Zeit bis zum Erreichen des 60. Lebensjahrs. Diese werden zwar für die Berechnung der Versorgung wie Dienstzeiten behandelt. Bei der zeitlichen Zuordnung dieser Zeiten zur Berechnung des Ehezeitanteils gelten aber Besonderheiten (dazu s. Rn. 110). 103

cc) Bestimmung des Ruhegehaltssatzes

Für die Bestimmung des Ruhegehaltssatzes ist das jeweilige Regelwerk maßgeblich, nach dem die Versorgung beansprucht werden kann. Nach 104

1 Vgl. zuletzt instruktiv und mwN zur Rspr. BGH v. 20.7.2005 – XII ZB 21/99, FamRZ 2005, 1531 (1532) = FamRB 2005, 356; Einzelheiten bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 242 mwN.

2 *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 379, auch zur gesonderten Bewertung dieser Zeiten.

3 *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 385; *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 243.

§ 14 Abs. 1 BeamtVG idF des VersÄndG 2001 beträgt das Ruhegehalt für Bundesbeamte für jedes Jahr ruhegehaltstfähiger Dienstzeit 1,79375 % der ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge, insgesamt maximal 71,75 %. Dieser Wert wird nach 40 Dienstjahren erreicht und erhöht sich danach nicht mehr.

- 105 Der maßgebliche Ruhegehaltssatz bestimmt sich also wie folgt:
Anzahl Dienstjahre (einschließlich Anrechnungszeiten und Zurechnungszeiten; maximal 40) \times 1,79375 = Ruhegehaltssatz.
- 106 Der Ruhegehaltssatz ist der Prozentsatz der ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge, welchen der Beamte als Versorgung beanspruchen kann.

Beispiel:

Ruhegehaltstfähige Dienstbezüge:	2500 Euro
Dienstjahre einschließlich Anrechnungs- und Zurechnungszeiten:	35
Ruhegehaltssatz also (35 \times 1,79375), auf zwei Dezimalstellen gerundet:	62,87 %
Ruhegehalt (Ruhegehaltstfähige Dienstbezüge \times Ruhegehaltssatz):	1569,50 Euro

(Hinzu kommen ggf. eine Sonderzuwendung und ein Betrag für Kindererziehungszeiten.)

- 107 Vorher galt ein Ruhegehaltssatz von 1,875 % pro Dienstjahr, maximal 75 %. Übergangsregelungen galten für bestehende Versorgungsfälle und für solche Versorgungsfälle, die in einem Übergangszeitraum nach dem 31.12.2001 eintreten. Ihre Versorgung wurde im Zusammenhang mit den acht nachfolgenden Versorgungsanpassungen schrittweise auf 71,75 % abgeschmolzen (Einzelheiten: § 69e BeamtVG). Seit dem 1.1.2011 ist dieser Abschmelzungsprozess abgeschlossen¹. Im Versorgungsausgleich bei Scheidung konnte auch in Übergangsfällen nur mit dem Ruhegehaltssatz von 71,75 % gerechnet werden. Der abzuschmelzende Teil der Versorgung fiel ggf. in den Versorgungsausgleich nach Scheidung (früher: schuldrechtlicher Versorgungsausgleich, §§ 19 Abs. 2 Nr. 2, 20 ff. VersAusglG).

c) Ermittlung des Ehezeitanteils und des Kapitalwerts

- 108 Der Ehezeitanteil eines Anrechts auf eine Beamtenversorgung bestimmt sich nach § 40 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 44 Abs. 1 VersAusglG auf Grundlage einer **zeitratierlichen Bewertung**. Dabei wird die Gesamtzeit bis zum Erreichen der maßgeblichen Altersgrenze ermittelt². Der Ehezeitanteil der Versorgung(sanwartschaft) entspricht dem Zeitanteil an der maßgeblichen Gesamtzeit, welcher in die Ehezeit fällt.

¹ S. *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 256.

² Das gilt auch bei besonderen (vorgezogenen) Altersgrenzen; vgl. hierzu *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 249 mit Beispielen; BGH v. 25.1.2012 – XII ZB 371/11, FamRZ 2012, 944.

Berechnungsformel: Ehezeitdienstzeit/Gesamtdienstzeit × Ruhegehalt (einschließlich anteiliger Sonderzuwendung) = Ehezeitanteil.

Nicht zeiträtierlich, sondern unmittelbar zu bewerten ist der Kindererziehungszuschlag und der Ergänzungszuschlag nach den §§ 50a, 50b BeamtVG¹ (s. dazu schon oben Rn. 93).

Die Beamtenversorgung wird um einen **Abzug für Pflegeleistungen** gekürzt (vgl. § 50f BeamtVG, § 55f SVG), entsprechend dem Pflegeversicherungsbeitrag von Rentnern in der gesetzlichen Rentenversicherung. Ob dieser Abzug bei der Bewertung berücksichtigt werden muss, ist streitig; der BGH hat für die Vorgängerregelung (§ 4a BSZG aF) diese Frage bejaht, was die Vermutung rechtfertigt, dass er dies auch im geltenden Recht tun wird². Kritisiert wird der Unterschied zu gesetzlichen Rentenansprüchen, wo der Abzug nicht im Wertausgleich bei der Scheidung, sondern nur im Wertausgleich nach der Scheidung berücksichtigt wird (dort § 20 Abs. 1 S. 2 VersAusglG).

Für die Berechnung des Ehezeitanteils ist die **Gesamtdienstzeit** nicht auf einen Maximalzeitraum von 40 Jahren beschränkt. Vielmehr ist die **tatsächlich** geleistete Gesamtdienstzeit zum Maßstab zu nehmen. 109

Zurechnungszeiten nach § 13 BeamtVG, die der Beamte bei Dienstunfähigkeit vor Erreichen des 60. Lebensjahres erwirbt (§ 13 BeamtVG), werden **für die Bestimmung des Ehezeitanteils** als bloße Berechnungsfaktoren behandelt. Sie verlängern also für die Berechnung des Versorgungsausgleichs nicht die (tatsächliche) Dienstzeit und sind deshalb nur für die Berechnung des Ruhegehaltsatzes, nicht aber für die Berechnung des Ehezeitanteils maßgeblich³. 110

Bei **vorzeitigem Eintritt in den Ruhestand** wird die Versorgung um 0,3 % pro Monat, maximal 10,8 % **gekürzt** (§ 14 Abs. 3 BeamtVG); höchst streitig ist, ob sich ein vorzeitiger Eintritt in den Ruhestand vor oder nach Ende der Ehezeit auch auf den Versorgungsausgleich auswirkt. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat sich bei einem Ruhestand vor Ehezeitende für eine solche Auswirkung ausgesprochen⁴. Dabei wird ein Gleichlauf mit der Situation bei vorzeitigem Rentenbezug in der gesetzlichen Rentenversicherung erwogen (s. oben Rn. 63). Nach § 41 Abs. 2 S. 2 VersAusglG sind, wenn – im Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich – aus dem zu teilenden Anrecht bereits eine laufende Versorgung bezogen wird, „die tatsächlichen Werte“ maßgeblich. Das spricht für die 111

1 Palandt/*Brudermüller*, § 44 VersAusglG Rn. 7 mwN.

2 ZB BGH v. 5.11.2008 – XII ZB 87/06, FamRZ 2009, 211 (213) = FamRB 2009, 108, FamRB 2009, 70 und FamRB 2009, 71. Kritisch dazu *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 378 mwN. Fn. 140, 141.

3 BGH v. 15.11.1995 – XII ZB 4/95, FamRZ 1996, 215 (216); *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 243 f.

4 OLG Stuttgart v. 23.1.2007 – 16 UF 266/06, FamRZ 2007, 1024 = FamRB 2008, 8; vgl. auch *Borth*, FamRZ 2008, 2071 mwN zur diesbezüglichen obergerichtlichen Rspr.; eingehend *Erman/Norpoth*, § 44 VersAusglG Rn. 23 mwN.

Berücksichtigung eines Abschlags nach § 14 Abs. 3 BeamtVG, sogar dann, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte/Lebenspartner erst nach dem Ehezeitende vorzeitig in den Ruhestand getreten ist¹. Dazu muss man im Auge haben, dass sich der Abschlag als solcher zwar negativ auf die Bewertung des Ehezeitanteils und Ausgleichswerts auswirkt; weil jetzt aber auch mit dem tatsächlichen Dienstende statt mit der regulären Altersgrenze zu rechnen ist, kann sich im Gegenzug der Wert der (in die Ehezeit fallenden) Dienstjahre erhöhen (s.o. Rn. 104 f.). Der BGH vertritt hier keine klare Linie. Führt der vorzeitige Bezug der Versorgung nach dem Ehezeitende zu keinen Abschlägen, soll er für die Bewertung von Ehezeitanteil und Ausgleichswert maßgeblich sein². Verringert ein Versorgungsabschlag das Anrecht, soll ein nach Ehezeitende erfolgter Eintritt in den vorzeitigen Ruhestand dagegen nicht berücksichtigt werden³. Eine spätere **Abänderung** der Entscheidung über den Versorgungsausgleich wegen vorzeitigem Eintritt in den Ruhestand wird idR an dessen fehlendem Ehezeitbezug scheitern.

112 Nicht mit dem vorzeitigen Eintritt in den Ruhestand zu verwechseln ist der Fall einer Versetzung **in den vorzeitigen Ruhestand**. Eine solche Versetzung erfolgt insbesondere (aber nicht nur⁴) bei Dienstunfähigkeit. Diese markiert auch mit Wirkung für den Versorgungsausgleich das Ende der Dienstzeit, und zwar nicht nur, wenn sie in der Ehezeit eintritt, sondern auch, wenn sie nach dem Ehezeitende zur Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand führt⁵.

113 Vor der Bestimmung des Ehezeitanteils sind auch **Ruhens- und Anrechnungsvorschriften** bei Zusammentreffen mehrerer Beamtenversorgungen oder von Beamtenversorgungen mit Anwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung zu beachten, § 44 Abs. 2 und 3 VersAusglG. Dazu s. Rn. 122 ff., 125 ff.

Der **Kapitalwert** des Anrechts bestimmt sich nach § 47 Abs. 3 VersAusglG wie bei der gesetzlichen Rentenversicherung. Das Anrecht muss dazu zunächst durch den zum Ehezeitende geltenden aktuellen Rentenwert geteilt und so in Entgeltpunkte umgerechnet werden. Danach wird der Kapitalwert nach der bei Rn. 68 beschriebenen Formel ermittelt⁶.

1 Str.: aA BGH v. 14.12.2011 – XII ZB 23/08, FamRZ 2012, 769 f.; ebenso OLG Koblenz v. 5.2.2007 – 13 UF 726/06, FamRZ 2007, 1248 = FamRB 2008, 7; *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 388; wie hier Palandt/*Brudermüller*, § 41 VersAusglG Rn. 4 mwN; *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 259; näher Erman/*Norpoth*, § 5 VersAusglG Rn. 5 ff.; § 41 VersAusglG Rn. 6.

2 BGH v. 14.3.2007 – XII ZB 142/06, FamRZ 2007, 891, Tz. 16 f.

3 BGH v. 14.12.2011 – XII ZB 23/08, FamRZ 2012, 769 f.; BGH v. 18.5.2011 – XII ZB 127/08, FamRZ 2011, 1214 ff.

4 Vgl. BGH v. 15.11.1995 – XII ZB 4/95, FamRZ 1996, 215 (216).

5 Einzelheiten und weitere Nachweise bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 251.

6 Einen anderen Berechnungsweg schlägt *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 395, vor; dieser führt aber zum selben Ergebnis.

d) Bezug einer laufenden Versorgung

Ist der Ausgleichspflichtige zum Ehezeitende bereits Versorgungsempfänger, bestimmt sich der Ehezeitanteil seiner Versorgung grundsätzlich gem. § 41 VersAusglG unter Berücksichtigung der tatsächlichen Versorgung, insbesondere auch der **tatsächlichen Dienstzeit**. Eine fiktive Hochrechnung zu einer möglicherweise noch nicht erreichten Altersgrenze scheidet aus. Das gilt auch bei vorzeitiger Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit. Diese ist auch dann maßgeblich, wenn sie erst nach dem Ehezeitende eintritt. Die einzige Ausnahme gilt, wenn der Beamte lediglich wegen vorübergehender Dienstunfähigkeit in den **einstweiligen Ruhestand** versetzt worden ist. In einem solchen Fall kann die ruhegehaltstfähige Dienstzeit unter Aussparung der nicht ruhegehaltstfähigen Zeit des einstweiligen Ruhestandes bis zur Altersgrenze anzusetzen sein¹. Weil die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand nicht befristet wird und nur durch eine erneute Berufung in das Beamtenverhältnis beendet werden kann (vgl. zB §§ 37, 39, 40 BGG), setzt dies aber voraus, dass die erneute Berufung in das Beamtenverhältnis feststeht oder zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich bereits erfolgt ist. 114

e) Sonderfälle**aa) Vorzeitige Dienstunfähigkeit**

Die vorzeitige Dienstunfähigkeit kann, wie bereits ausgeführt (vgl. Rn. 103, 110), zur Berücksichtigung von Zurechnungszeiten führen, während für den Ehezeitanteil nur das Verhältnis der in die Ehezeit fallenden tatsächlich geleisteten Dienstzeit zur insgesamt absolvierten tatsächlichen Dienstzeit zu ermitteln ist. **Unfallbedingte Erhöhungen** (bei Dienstunfällen, vgl. § 36 Abs. 3, 37 BeamtVG) waren nach altem Recht nicht auszugleichen (§ 1587a Abs. 2 Nr. 1 S. 4 aF BGB). Das neue Recht benennt diese Ausnahme nicht mehr. Nach h.M. bleiben unfallbedingte Erhöhungen aber auch im aktuellen Versorgungsausgleich irrelevant, und zwar wegen ihres Entschädigungscharakters². 115

bb) Teilzeitbeschäftigte und ohne Dienstbezüge beurlaubte Beamte

Eine Teilzeitbeschäftigung wirkt sich bei Beamten auch auf die zu erwartende Versorgung verkürzend aus. Dabei werden nicht die ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge gekürzt, sondern die berücksichtigungsfähigen Dienstzeiten, in denen in Teilzeit gearbeitet wurde (vgl. § 6 Abs. 1 S. 3 BeamtVG). Im Versorgungsausgleich beruht die Berechnung hinsichtlich der Gesamt- 116

1 KG v. 15.5.1986 – 19 UF 2207/85, FamRZ 1986, 1005 f.; vgl. HK-Familienrecht/Hauß, § 44 VersAusglG Rn. 33.

2 Borth, Versorgungsausgleich, Rn. 252; Ruland, Versorgungsausgleich, Rn. 379; Johannsen/Henrich/Holzwarth, § 44 VersAusglG Rn. 63; Erman/Norpoth, § 44 VersAusglG Rn. 22 aE.

zeit auf einer Prognose künftiger Arbeitszeit. Die möglichen Kürzungen durch Bewilligung von Teilzeitarbeit in der Zukunft können hierbei nur insoweit berücksichtigt werden, als eine Teilzeit bereits bewilligt worden ist. Weil sich auch Bewilligungen von Teilzeit nach dem Ehezeitende auswirken, sind sie in dem Umfang zu berücksichtigen, in dem sie zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich bereits erfolgt sind¹.

- 117 Zeiten der Beurlaubungen ohne Dienstbezüge bleiben bei der Ermittlung der Dienstzeit grundsätzlich unberücksichtigt (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 Beamt-VG). Hier gilt dasselbe wie bei teilzeitbeschäftigten Beamten: Reicht eine Beurlaubung ohne Dienstbezüge über das Ehezeitende hinaus, so ist der gesamte Beurlaubungszeitraum – aber nur, soweit die Beurlaubung reicht – aus der Gesamtdienstzeit bis zum Erreichen der Altersgrenze herauszurechnen².

cc) Wahlbeamte, Beamte auf Zeit

- 118 Die Versorgungsanwartschaften von Beamten auf Zeit (wenn sie nach Ablauf der Amtsperiode die maßgebliche Wartezeit erfüllt haben, s. Rn. 89) berechnen sich nicht nach einer Altersgrenze, sondern nach dem Ende der Amtsperiode (bei Wahlbeamten: Wahlperiode). Das gilt auch, wenn sich diese noch verlängern kann (bei Wahlbeamten durch Wiederwahl), es sei denn, die Verlängerung der Amts-/Wahlperiode ist nicht nur möglich, sondern sicher zu erwarten³. Maßgeblich hierfür ist der Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich. Kommt es später zu einer Verlängerung der Dienstzeit, ist eine Abänderung des Versorgungsausgleichs (bezogen auf die betroffene Versorgungsanwartschaft) denkbar (§§ 225, 226 FamFG; früher § 10a VAHRG aF)⁴.

dd) Ehezeitanteil bei mehreren Ehen

- 119 Wird ein Beamter mehrfach geschieden und ist seine Versorgung aufgrund eines zuvor durchgeführten Versorgungsausgleichs gekürzt wor-

1 Vgl. *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 253; wird nachträglich Teilzeit bewilligt oder verlängert, kann dies eine Abänderung der Entscheidung zum Versorgungsausgleich rechtfertigen: *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 253; HK-Familienrecht/*Hauß*, § 44 VersAusglG Rn. 14.

2 BGH v. 26.3.1986 – IVb ZB 37/83, FamRZ 1986, 658 (660); BGH v. 11.1.1995 – XII ZB 104/91, FamRZ 1995, 414 (415); *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 369 mwN Fn. 119.

3 BGH v. 18.9.1991 – XII ZB 41/89, MDR 1992, 268 = FamRZ 1992, 46 f.

4 Str.: nach Ansicht von *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 255 fehlt stets der Ehezeitbezug. Ablehnend auch BGH v. 13.9.2006 – XII ZB 70/01, FamRZ 2007, 30 für Wahlbeamte = FamRB 2007, 38; OLG Celle v. 12.1.2009 – 10 UF 86/08, FamRZ 2009, 1673 (1675). S. aber *Borth*, FamRZ 2008, 2069 f.; *Bergner*, FamRZ 2007, 533 ff. mwN.

den, so ermittelt sich der Ehezeitanteil bei Scheidung einer späteren Ehe aus einem ungekürzten (§ 57 BeamtVG) Versorgungsanrecht¹.

f) Ruhens- und Anrechnungsbestimmungen

Bevor der Ehezeitanteil eines Anrechts in der Beamtenversorgung ermittelt werden kann, ist zu prüfen, ob das Anrecht durch Ruhens- und Anrechnungsvorschriften (§§ 54–56 BeamtVG, 55, 55a SVG) beeinflusst wird. Diese Bestimmungen sollen eine **Überversorgung** von Beamten bei Zusammentreffen mehrerer Versorgungsansprüche **vermeiden**. Geregelt sind folgende Fälle:

- Zusammentreffen mehrerer beamtenrechtlicher Versorgungsungen (§ 54 Abs. 2 BeamtVG, 55 Abs. 2 SVG),
- Zusammentreffen einer Beamtenversorgung mit einer gesetzlichen Rente und/oder einer Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes (§§ 55 Abs. 2 BeamtVG, 55a Abs. 2 SVG),
- Zusammentreffen mit Versorgungsungen aus zwischen- oder überstaatlicher Verwendung (§§ 56 Abs. 1 BeamtVG, 55b SVG).

Dass Ruhens- und Anrechnungsvorschriften auch im Versorgungsausgleich zu beachten sind, ergibt sich aus § 44 Abs. 2 und 3 VersAusglG (früher: § 1587 Abs. 6 aF BGB). Eine **Ausnahme** gilt dann, wenn nur eine der zusammentreffenden Versorgungsungen in der Ehezeit erworben wurde, weil dann der Ausgleichsberechtigte nicht an der die Kürzung verursachenden Versorgung partizipiert (§ 44 Abs. 3 S. 2 VersAusglG)².

aa) Zusammentreffen zweier Beamtenversorgungsungen

Verfügt der Ausgleichspflichtige über zwei Beamtenversorgungsungen, die er auch (anteilig) in der Ehezeit erworben hat, so wird nur die frühere der beiden Versorgungsungen gekürzt. Um die Kürzung zu errechnen, ist zunächst **für jede Versorgung der volle Wert** zu bestimmen. Eine Hochrechnung der Dienstzeit auf eine Altersgrenze findet (nur) bei einer Anwartschaft aus einem noch bestehenden Dienstverhältnis statt.

In einem zweiten Schritt wird zur Bestimmung der **Höchstgrenze des § 54 Abs. 2 BeamtVG** der Ruhegehaltssatz aus allen Dienstzeiten beider Versorgungsungen (ohne Doppelanrechnungen) mit den ruhegehaltstfähigen Dienstbezügen der **früheren** Versorgung multipliziert, wobei die jeweilige **Endstufe der Besoldungsgruppe** maßgeblich ist. Übersteigt die Summe der im ersten Schritt ermittelten Werte diese Höchstgrenze, so wird die frühere Versorgung um den entsprechenden Betrag gekürzt³.

1 Einzelheiten hierzu bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 262 mwN.

2 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 264.

3 Diese Kürzung kann verfassungsrechtlich bedenklich sein, weil sie den Beamten um die Vorteile einer nach dem Wechsel des Dienstherrn erreichten höheren Besoldungsstufe bringen kann; schließlich ist das Gehalt einer höheren Besol-

- 124 Anschließend werden die gekürzte und die ungekürzte Versorgung addiert. Aus der Gesamtsumme ist der Ehezeitanteil im Verhältnis der insgesamt berücksichtigten Dienstzeiten (ohne Doppelberücksichtigung) zu den in die Ehezeit fallenden Dienstzeiten zu errechnen¹.

bb) Zusammentreffen mit sonstigen Versorgungsanrechten

- 125 Treffen Beamtenversorgung und **Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung**, aus einer **Zusatzversorgung** des öffentlichen Dienstes, einer **berufsständischen Versorgungseinrichtung** oder einer **befreienden Lebensversicherung** zusammen, dann bleiben hiervon die genannten Anrechte (weil sie auf geleisteten Beiträgen beruhen) in ihrem Bestand unberührt. Die Beamtenversorgung wird dagegen gekürzt, § 55 Abs. 1 und 2 BeamtVG. Weil die Systeme, nach denen in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der Beamtenversorgung Anwartschaften erworben werden, miteinander unvereinbar sind, bereitet die Berücksichtigung im Versorgungsausgleich erhebliche Schwierigkeiten². Der BGH³ verfährt wie folgt:
- 126 Die Kürzung der Beamtenversorgung ist **nur insoweit** für den Versorgungsausgleich **relevant**, als auch die konkurrierende Anwartschaft, welche die Kürzung verursacht hat, in der Ehezeit erworben worden ist.
- 127 In diesem Fall wird zunächst der Ehezeitanteil der **ungekürzten** Beamtenversorgung ermittelt. Von diesem wird der **Kürzungsbetrag** (wegen Rentenanwartschaft oder Anwartschaft auf Zusatzversorgung) insoweit abgezogen, wie er seinerseits in der Ehezeit erworben worden ist.
- 128 Die **Berechnung des Kürzungsbetrags nach § 55 Abs. 1 und 2 BeamtVG selbst** orientiert sich, wie beim Zusammentreffen zweier Beamtenversorgungen, an der **vollen** Beamtenversorgung; dazu ist die Endstufe der maßgeblichen Besoldungsgruppe zugrunde zu legen und die Dienstzeit bis zum Eintritt des Versorgungsfalls zu berechnen⁴. Weil der Kürzungsbetrag durch die insgesamt, also auch möglicherweise außerhalb der Ehezeit, erworbenen Rentenansprüche verursacht wird, ist sein Ehezeitanteil nach dem Verhältnis der in der Ehezeit erworbenen Entgeltpunkte zu den gesamten Entgeltpunkten der Rentenanwartschaft zu berechnen.
- 129 Entsprechend ist mit den sonstigen kollidierenden Anrechten zu verfahren. Bei Anrechten aus einer **Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes** gilt die Besonderheit, dass die Zusatzversorgung nach bisheriger An-

dungsstufe ohne Wechsel des Dienstherrn nach zwei Jahren ruhegehaltstauglich, vgl. BVerfG v. 20.3.2007 – 2 BvL 11/04, NVwZ 2007, 679 ff.

1 Borth, Versorgungsausgleich, Rn. 265; Palandt/Brudermüller, § 44 VersAusglG Rn. 15.

2 Vgl. dazu Borth, Versorgungsausgleich, Rn. 273 ff. mit zahlreichen Nachweisen zum Streitstand in Literatur und Rspr.

3 BGH v. 19.1.2000 – XII ZB 16/96, FamRZ 2000, 746 ff.

4 Anschaulich mit Berechnungsbeispiel Ruland, Versorgungsausgleich, Rn. 393.

schauung im Anwartschaftsstadium eine wegen Verfallbarkeit nicht zu berücksichtigende Dynamik (Wertsteigerung) aufweist. Auf der Grundlage des alten Rechts wurde deshalb für die Frage, ob Höchstbeträge nach § 55 Abs. 1, 2 BeamtVG überschritten wurden, die Zusatzversorgung zunächst mit Hilfe der BarwertVO dynamisiert¹. Nach dem geltenden Recht kann eine Dynamisierung nicht mehr unter Anwendung der BarwertVO erfolgen. Ob sie überhaupt noch erforderlich ist² und wie sie ggf. durchzuführen ist, wird sich in der Praxis zeigen müssen³.

Bei einem Zusammentreffen mit zwischenstaatlichen und überstaatlichen Versorgungsanrechten erfolgt die Kürzung nach § 56 Abs. 1, 2 BeamtVG. Auch insoweit ist von der ehezeitbezogenen Beamtenversorgung der ehezeitbezogene Anteil des Ruhensbetrags abzuziehen⁴. 130

g) Besteuerung von Beamtenpensionen

Beamtenpensionen werden wie Arbeitslohn versteuert. In der Übergangszeit seit 2005 bis zur vollständigen Einführung der nachgelagerten Besteuerung gesetzlicher Renten gibt es einen Versorgungsfreibetrag, der bis 2040 schrittweise wieder abgeschmolzen wird⁵. 130a

3. Berufsständische Versorgung

a) Allgemeines

Träger der berufsständischen Versorgung sind die Versorgungswerke, bei denen es sich um öffentlich-rechtliche Körperschaften handelt. Diese existieren für alle kammerfähigen **freien Berufe** (Apotheker, Architekten, Ärzte, Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater⁶); ihre Errichtung beruht auf Landesrecht. Die **Mitgliedschaft** (überwiegend Pflichtmitgliedschaft, teilweise mit Befreiungsmöglichkeit) ist in den jeweiligen Satzungen der Versorgungswerke geregelt. Angehörige der genannten freien Berufe können unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit werden (Einzelheiten: § 6 SGB VI). 131

Die Leistungen der Versorgungswerke werden durch die **Beiträge** der Mitglieder **finanziert**. Die Finanzierungsverfahren sind unterschiedlich: neben dem aus der gesetzlichen Rentenversicherung bekannten Umlageverfahren werden das offene Deckungsplanverfahren, ein modifiziertes Anwartschaftsdeckungsverfahren und ein Umlageverfahren mit Kapital- 132

1 Nachweise bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 268.

2 Verneinend *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 268.

3 Vgl. auch Erman/*Norpoth*, § 44 VersAusglG Rn. 29.

4 Einzelheiten bei Palandt/*Brudermüller*, § 44 VersAusglG Rn. 17.

5 Dazu s. im Einzelnen *Breuers*, FPR 2011, 518 f.

6 Vgl. hierzu näher *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 261 ff.; *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 480 ff.

stock angewandt¹. Aus der Art des verwendeten Finanzierungsverfahrens und aus den näheren (durch Satzung geregelten) Umständen der Dynamisierung (= Anpassung an die Inflation im Anwartschafts- und Leistungsstadium) können bei gleich hohen Anrechten unterschiedliche korrespondierende Kapitalwerte (§ 47 VersAusglG) resultieren.

b) Die Ermittlung der Anrechte und ihres Ehezeitanteils

- 133 Die Ermittlung der einzelnen Anrechte bestimmt sich nach der jeweils zugrunde liegenden Satzung des Versorgungswerks. Für die Einbeziehung in den Versorgungsausgleich ist nicht erforderlich, dass die Anwartschaft bereits durch Erfüllung von Wartezeiten unverfallbar geworden ist, § 2 Abs. 3 VersAusglG. Für die Ermittlung des Ehezeitanteils bei berufsständischen Versorgungsgenüssen hält das VersAusglG keine Sondervorschrift vor. Für die meisten berufsständischen Versorgungsgenüssen war nach altem Recht (§ 1587a Abs. 2 Nr. 4b aF BGB) der Ehezeitanteil zeitratierlich zu bestimmen. Dies konnte sich, wie zB bei der Ärzteversorgung Westfalen-Lippe, daraus ergeben, dass ein Zuschlag auf die sich aus den erworbenen Steigerungszahlen ergebende Rente gezahlt wurde, der einer unmittelbaren Bewertung entsprechend § 39 VersAusglG nicht zugänglich war². Gerade für diese Fälle sieht das Gesetz nunmehr vor, dass die unmittelbare Bewertung, soweit sie möglich ist, den Vorrang hat. Das hat zur Folge, dass diejenigen Bestandteile des Anrechts, die unmittelbar der Ehezeit zugeordnet werden können (zB über in der Ehezeit erworbene Steigerungszahlen), auch nach § 39 VersAusglG zu bewerten sind³. Treten Bestandteile hinzu, die sich undifferenziert auf die Gesamtzeit beziehen (zB Grundbeträge, Zuschläge⁴), sind sie dagegen nach § 40 VersAusglG zu bewerten.

c) Besteuerung der Leistungen

- 133a Auch die Leistungen berufsständischer Versorgungswerke werden nachgelagert besteuert; die Beiträge hierzu können steuermindernd abgesetzt werden (§ 10 Abs. 2 Nr. 2b EStG)⁵.

4. Betriebliche Altersversorgung

- 134 Die Bedeutung der betrieblichen Altersversorgung als zweite Säule der Altersvorsorge hat in der Vergangenheit im selben Maß stetig zugenommen, in dem die Sicherheit der primären Altersvorsorge in Frage gestellt

1 Erman/Norpoth, § 39 VersAusglG Rn. 13 mwN.

2 BGH v. 20.9.1995 – XII ZB 15/94, FamRZ 1996, 95 (96); detaillierte Darstellung mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen bei Borth, Versorgungsausgleich, Rn. 483–486.

3 BT-Drucks. 16/10144, 79.

4 Glockner/Hoernes/Weil, § 7 Rn. 7 f. mit Beispiel; eingehend Kemper, VA, VI Rn. 51 ff.

5 Vgl. Breuers, FPR 2011, 519.

worden ist. Das hat zu einer erheblichen Zunahme an Modellen betrieblicher Altersvorsorge geführt. Diese Entwicklung ist durch das Altersvermögensgesetz v. 26.6.2001¹ noch maßgeblich gefördert worden².

Betriebliche Altersversorgungen i.S.d. § 1 Abs. 1 BetrAVG sind alle Leistungen der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung, die einem **Arbeitnehmer**³ **aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses** zugesagt werden. Die möglichen Grundlagen für Ansprüche auf Betriebsrenten sind vertraglicher Natur unter Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten⁴; das BetrAVG stellt lediglich einen rechtlichen Rahmen zur Verfügung. Die Mittel zur Finanzierung betrieblicher Altersversorgungen können sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer (Entgeltumwandlung, vgl. § 1b BetrAVG) kommen. 135

Als **Leistungen nach dem BetrAVG** können neben der in Geld zu leistenden **Rente** auch **Einmalzahlungen** in den Versorgungsausgleich fallen (§ 2 Nr. 3 VersAusglG); darin liegt eine Veränderung gegenüber dem früheren Recht (s.u. Rn. 138). Eine Besonderheit des Betriebsrentenrechts ist ferner, dass auch **Sachleistungen** Versorgungscharakter haben können, wenn deren Beginn oder Fortsetzung an die Voraussetzungen des Alters oder der Invalidität geknüpft sind, wie zB Kohledeputate oder ein Wohnrecht an einer Werkwohnung⁵. Diese Sachleistungen fallen aber nach herrschender Meinung nicht in den Versorgungsausgleich⁶. Zuweilen bereitet die Abgrenzung zwischen Leistungen nach dem BetrAVG und sonstigen Leistungen an den Arbeitnehmer Schwierigkeiten⁷. Maßgeblich für die Differenzierung ist der **Versorgungscharakter** der Leistungen nach dem BetrAVG. Diese werden idR (aber nicht nur) zeitlebens erbracht und sind an den Bezug der Altersrente oder der Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit gekoppelt. Übergangsgelder⁸, Gewinnbeteiligungen sowie Jubiläumsgaben oder Treueprämien, die nicht über das Erreichen der Altersgrenze oder bei Invalidität fortbezahlt werden, fallen deshalb grundsätzlich nicht in den Versorgungsausgleich. 136

Die Möglichkeiten zur **Gestaltung betrieblicher Anrechte** sind vielfältig. Die spätere Versorgung kann als Gesamtversorgung zugesagt werden oder sich nach der Höhe des letzten (ruhegehaltstfähigen) Einkommens richten. Es können für Zeiten der Betriebszugehörigkeit feste Beträge verspro- 137

1 BGBl. I, 1310, 1327, dort Art. 9. Dazu grundlegend *Glockner/Goering*, FamRZ 2002, 282.

2 Einzelheiten hierzu bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 368.

3 Oder einer nach § 17 BetrAVG gleichgestellten Person (zB Versicherungs- oder Handelsvertreter).

4 Zu den diversen arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen vgl. *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 373.

5 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 374.

6 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 79; *Erman/Norpoth*, § 2 VersAusglG Rn. 9 mwN.

7 Einzelheiten bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 375.

8 BGH v. 31.8.2000 – XII ZB 89/99, FamRZ 2001, 27 (28).

chen werden; alternativ können auch Beiträge in Abhängigkeit von der Einkommenshöhe in eine Direktversicherung oder Pensionskasse eingezahlt werden, nach deren näherer Vertragsausgestaltung sich dann die Höhe der Leistung richtet¹. Auch Kombinationen verschiedener Varianten sind möglich. Vielfach liegen Mischformen vor, so dass der Ehezeitanteil teilweise unmittelbar, teilweise zeiträtterlich zu berechnen ist.

- 138 **Neu** ist, dass Anrechte der betrieblichen Altersvorsorge selbst dann in den Versorgungsausgleich einzubeziehen sind, wenn sie statt auf eine Rentenleistung auf eine **Kapitalzahlung** (zB Direktversicherung in Form einer Kapitallebensversicherung) gerichtet sind. Nach altem Recht unterfielen diese Versorgungsanrechte dem Zugewinnausgleich. Das wurde als nachteilig angesehen, weil zum einen das auszugleichende Kapital aus der Anwartschaft gar nicht „flüssig“ war. Zum anderen konnte der Ausgleichspflichtige eine Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht – freilich nur in besonderen Konstellationen – sowohl dem Zugewinnausgleich als auch dem Versorgungsausgleich entziehen, indem er nach dem Stichtag für die Berechnung des Zugewinnausgleichs das Kapitalwahlrecht ausübte². Das hat den Gesetzgeber bewogen, Anrechte der betrieblichen Altersversorgung unabhängig von der Leistungsart in den Versorgungsausgleich einzubeziehen³.

➔ **Wichtig:**

Auskünfte zu Anrechten der betrieblichen Altersversorgung haben sich in der Vergangenheit als fehleranfällig erwiesen. Sie müssen daher besonders sorgfältig geprüft werden, weil die Entscheidung zum Versorgungsausgleich nach den §§ 225 FamFG, 32 VersAusglG nach Eintritt der Rechtskraft nicht mehr abänderbar ist. Es sollte immer geprüft werden, ob in die Wertberechnung auch Zusagen für den Fall der Invalidität/des Todes „eingepreist“ sind⁴. Bei der Berechnung von Anrechten aus Direktzusage und Unterstützungskasse besteht zudem ein Problem mit dem verwendeten Zinssatz (dazu s.u. Rn. 161 ff., 168a).

a) Durchführungswege und Träger der betrieblichen Altersversorgung

- 139 Nach dem BetrAVG gibt es fünf mögliche Durchführungswege der Altersversorgung, die auch miteinander kombiniert werden können⁵:
- 140 Bei der **unmittelbaren Versorgungszusage** durch den Arbeitgeber (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 BetrAVG) bestehen allein zwischen diesem und dem Ar-

1 S. näher *Glockner/Hoernes/Weil*, § 6 Rn. 105 ff.; DRV-Komm., § 2 VersAusglG Ziff. 2.6.

2 BGH v. 5.2.2003 – XII ZB 53/98, FamRZ 2003, 664 = FamRB 2003, 178.

3 BT-Drucks. 16/10144, 47 f.

4 *Glockner/Hoernes/Weil*, § 6 Rn. 133.

5 Einzelheiten bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 404 ff.; *Erman/Norpoth*, § 12 VersAusglG Rn. 7 ff.

beitnehmer Rechtsbeziehungen (sog. **Direktzusage**). Häufig decken die Arbeitgeber die abgesicherten Risiken mit Rückdeckungsversicherungen ab.

Direktversicherungen nach §§ 1 Abs. 2 Nr. 2, 1b Abs. 2 BetrAVG sind 141
Lebensversicherungen, die vom Arbeitgeber als Versicherungsnehmer auf das Leben des Arbeitnehmers abgeschlossen werden. Sie dienen dazu, eine erteilte Versorgungszusage des Arbeitgebers abzusichern. Eine bei Ausscheiden des Arbeitnehmers unverfallbare Versorgungsanwartschaft kann der Arbeitgeber unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 BetrAVG durch Abtretung der Ansprüche aus der Direktversicherung an den Arbeitnehmer ablösen, wenn keine Beitragsrückstände bestehen („**versicherungsvertragliche Lösung**“). Nach § 1b Abs. 2 BetrAVG darf der Arbeitgeber im Übrigen ein dem Arbeitnehmer eingeräumtes, grundsätzlich widerrufliches Bezugsrecht (§ 166 VVG) nicht mehr widerrufen, wenn die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Zu unterscheiden hiervon ist die sog. **unechte Direktversicherung**, bei welcher der Arbeitnehmer Versicherungsnehmer ist und der Arbeitgeber lediglich die Beiträge leistet¹. Unechte Direktversicherungen gelten nicht als betriebliche Altersvorsorge; sie können gleichwohl als private Versicherungen des Arbeitnehmers in den Versorgungsausgleich fallen.

Pensionskassen sind Aktiengesellschaften oder Versicherungsvereine auf 142
Gegenseitigkeit, die unter staatlicher Aufsicht stehen; sie gewähren dem Arbeitnehmer bzw. seinen Hinterbliebenen einen **Rechtsanspruch** (§ 1b Abs. 3 BetrAVG). Sonderformen sind die Versorgungsanstalten des öffentlichen Dienstes wie die VBL, bei denen es sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt. Auch insoweit ermöglicht § 2 Abs. 3 BetrAVG dem Arbeitgeber unter den dort genannten Voraussetzungen bei vorzeitigem Ausscheiden des Arbeitnehmers, sich durch Abtreten der Ansprüche gegen die Pensionskasse von Ansprüchen aus der Versorgungszusage zu befreien.

Unterstützungskassen sind rechtsfähige eigenständige Versorgungseinrichtungen, die von den Trägerunternehmen (ein oder mehrere Arbeitgeber) finanziert werden. Eine Beteiligung der Arbeitnehmer an der Finanzierung ist möglich. Sie gewähren dem Arbeitnehmer zwar **keinen eigenen Rechtsanspruch** auf Leistungen; nach der Rechtsprechung des BAG bedeutet dies aber nur, dass sie die Leistung bei Vorliegen sachlicher Gründe verweigern dürfen². Bleibt die Leistung aus, haftet der Arbeitgeber. Die Unterstützungskassen sind in der Kapitalanlage frei. 143

Der **Pensionsfonds** wurde als weiterer Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung zum 1.1.2002 eingeführt. Er wird als AG oder als VVaG geführt und gewährt dem Arbeitnehmer einen **Rechtsanspruch** auf 144

1 Borth, Versorgungsausgleich, Rn. 407.

2 Vgl. dazu Erman/Norpoth, § 12 VersAusglG Rn. 11 mwN.

die zugesagten Leistungen. Im Vergleich zu den Pensionskassen verfügen Pensionsfonds über größere Spielräume in der Geldanlage.

- 145 Neben diesen Durchführungswegen existiert die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung des Arbeitnehmers in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 7 SGB VI, die in der Praxis kaum vorkommt¹.
- 146 Die Frage, wer **Träger** der betrieblichen Altersversorgung i.S. des Versorgungsausgleichsrechts ist, hat der BGH für das alte Recht wie folgt beantwortet: Grundsätzlich ist Träger der betrieblichen Altersversorgung, wer die Versorgungszusage abgibt und im Versorgungsfall die zugesagten Leistungen gewährt². Danach ist der Arbeitgeber Träger der Versorgung, wenn er eine Direktzusage erteilt oder Beiträge in eine Unterstützungskasse einzahlt. Erteilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dagegen eine **mittelbare** Versorgungszusage über einen **selbständigen dritten Versorgungsträger** (Pensionskasse, Pensionsfonds oder Direktversicherung), dann gewährt (regelmäßig) ein anderer die zugesagte Leistung als derjenige, der die Versorgungszusage erteilt. In diesen Fällen ist nach bisheriger Ansicht des BGH zum alten Recht allein der Dritte der in Anspruch zu nehmende und danach auch der in den Versorgungsausgleich einzubeziehende Versorgungsträger³. Von dieser Konzeption geht wohl auch der Gesetzgeber des VersAusglG stillschweigend aus; bislang wird die Frage im neuen Recht dem folgend praktisch nicht aufgeworfen. Im alten Recht ergaben sich regelmäßig keine Probleme, weil gerade die privaten betrieblichen Rentenanrechte nur **Berechnungsposten** im öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich waren. Ob die Sichtweise im neuen Recht angebracht ist, erscheint dagegen im Hinblick auf die nunmehr regelmäßig erfolgende **interne Teilung** zweifelhaft. Es bleiben nämlich Fragen offen.
- 147 Zu beginnen ist mit § 12 VersAusglG, wonach der Ausgleichsberechtigte bei Teilung einer Betriebsrente **die Stellung eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers i.S. des Betriebsrentengesetzes erlangt**. Der Arbeitgeber steht aber dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer für die Erfüllung der zugesagten Leistungen auch dann ein, wenn die Durchführung nicht unmittelbar über ihn erfolgt (§ 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG); er bleibt also aus der Versorgungszusage verpflichtet. Gegenüber dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer **gewinnt er nur die Option, sich** unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2, 3 und 3a BetrAVG durch Abtretung der Ansprüche aus dem Vertrag mit dem dritten Versorgungsträger von seinen Pflichten aus der Versorgungszusage **zu befreien** (sog. versicherungsrechtliche Lösung).
- 148 Außerdem ist der Arbeitgeber, wenn er Beiträge an einen rechtsfähigen Versorgungsträger leistet, der dem Arbeitnehmer einen eigenen Rechtsanspruch auf die Leistung einräumt, der (einzige) Vertragspartner dieses

1 Vgl. *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 411.

2 ZB BGH v. 8.10.1986 – IVb ZB 120/83, FamRZ 1987, 52 (53); BGH v. 7.10.1992 – XII ZB 132/90, FamRZ 1993, 299 (300 f.).

3 BGH v. 8.10.1986 – IVb ZB 120/83, FamRZ 1987, 52 (53 f.).

Versorgungsträgers (sog. **Deckungsverhältnis** in einem **Vertrag zugunsten Dritter**, § 328 BGB). Er kann etwa im Fall einer Direktversicherung als Versicherungsnehmer diese kündigen, abtreten oder beleihen¹. Die Versorgungszusage gegenüber dem Arbeitnehmer (**Valutaverhältnis**) bildet ihrerseits den Rechtsgrund für das bei dem dritten Versorgungsträger begründete Bezugsrecht des Arbeitnehmers. Es ist unklar, welche rechtlichen Auswirkungen ein nur auf das Bezugsrecht beschränkter Eingriff in dieses Dreiecksverhältnis für den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer, den Ausgleichsberechtigten und den dritten Versorgungsträger genau haben soll.

Maßgeblich für **Inhalt und Umfang** der Betriebsrentenanwartschaft bleibt schließlich stets die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Versorgungsregelung, was insbesondere dann von Bedeutung ist, wenn die zugesagte Versorgung und das bei dem dritten Versorgungsträger bestehende Anrecht nicht inhaltsgleich sind². Es kann also aus verschiedenen Gründen im Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich bei dem dritten Versorgungsträger ein Anrecht bestehen, welches nicht den Gegenwert der erteilten Versorgungszusage darstellt. 149

Diese Überlegungen sprechen dafür, (auch) bei einer mittelbaren Versorgungszusage das Anrecht des Arbeitnehmers **in seiner Gesamtheit** (Versorgungszusage des Arbeitgebers einerseits, Bezugsrecht bei dem dritten Versorgungsträger andererseits) zu teilen und nicht allein das abgespaltene Bezugsrecht. Der Arbeitgeber des Ausgleichspflichtigen ist nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls auch dann am Versorgungsausgleichsverfahren **zu beteiligen**, wenn er für diesen beispielsweise eine Direktversicherung abgeschlossen hat, weil in seine Rechte als Vertragspartner des dritten Versorgungsträgers eingegriffen wird. Teilt man, wie hier vorgeschlagen, sowohl die Ansprüche aus der Versorgungszusage als auch das Bezugsrecht, kann sich der Arbeitgeber gegenüber dem Ausgleichsberechtigten dann nach Maßgabe des § 2 Abs. 2, 3 und 3a BetrAVG von seinen Pflichten aus der Versorgungszusage befreien. 150

b) Unverfallbarkeit

Scheidet der Arbeitnehmer vor Erreichen der Anspruchsvoraussetzungen einer Betriebsrente aus dem Betrieb aus, so stellt sich die Frage nach dem Schicksal seines Anrechts. Dieses kann ihm gänzlich verloren gehen; nach dem BetrAVG muss es ihm aber unter bestimmten Mindestvoraussetzungen erhalten bleiben. Liegen diese Voraussetzungen vor, spricht man von **Unverfallbarkeit**. Die Anrechte nach dem BetrAVG werden zwar unabhängig von der Frage der Verfallbarkeit in den Versorgungsausgleich einbezogen (§ 2 Abs. 3 VersAusglG). Die noch nicht unverfallbaren 151

1 Dazu instruktiv BGH v. 10.2.1993 – XII ZB 80/88, FamRZ 1993, 793 ff.

2 BGH v. 10.2.1993 – XII ZB 80/88, FamRZ 1993, 793 ff.; vgl. auch BGH v. 23.7.2003 – XII ZB 162/00, FamRZ 2003, 1648 ff. = FamRB 2003, 388.

Anrechte gelten jedoch nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG nicht als ausgleichsreif und sind deshalb (wie nach dem alten Recht, allerdings nicht mehr abänderbar) dem Versorgungsausgleich **nach** der Scheidung (§§ 20 ff. VersAusglG) vorbehalten. **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Frage der Unverfallbarkeit ist – wie nach dem alten Recht – der Zeitpunkt der **Entscheidung über den Versorgungsausgleich** (§ 19 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 5 Abs. 2 S. 2 VersAusglG¹).

- 152 In dieser Hinsicht hat sich die Lage für den Ausgleichsberechtigten verschlechtert, weil eine nachträgliche Korrektur des Versorgungsausgleichs bei Scheidung nach Eintritt der Unverfallbarkeit des betrieblichen Anrechts (früher: § 10a VAHRG) nicht mehr möglich ist. Noch verfallbare Betriebsrentenanwartschaften werden unabänderlich in den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich verwiesen.
- 153 Bei der Frage nach der Unverfallbarkeit ist zunächst zu klären, ob das betroffene Anrecht allein aus Arbeitgeberbeiträgen oder (ggf. teilweise) aus Arbeitnehmerbeiträgen angespart wird. Soweit betriebliche Anrechte auf **Arbeitnehmerbeiträgen** beruhen, sind sie immer **sofort unverfallbar** (§ 1b Abs. 5 BetrAVG). Der Schutz des Arbeitnehmers bei Entgeltumwandlung von der ersten Beitragszahlung an beruht schlicht darauf, dass der Arbeitnehmer – jedenfalls bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise – das Anrecht aus eigenen Mitteln erwirbt². Bei Anrechten, die – zumindest auch – auf Arbeitgeberleistungen beruhen, ist zwischen der Unverfallbarkeit **dem Grunde nach** und der Unverfallbarkeit **der Höhe nach** zu unterscheiden.
- 154 Die Voraussetzungen für die Unverfallbarkeit einer betrieblichen Rentenanwartschaft bestimmen sich grundsätzlich nach der zugrunde liegenden (vertraglichen) Regelung. Das BetrAVG formuliert **nur Mindestbedingungen**. Diese sind **durch das AVmG** mit Wirkung zum 1.1.2001 und noch einmal durch das **AltvFö/SGBIIIÄndG**³ mit Wirkung zum 1.1.2009 **geändert** worden. Die Änderungen gelten aber nur für Versorgungszusagen, die **nach dem 31.12.2000/31.12.2008** erteilt worden sind. Zu unterscheiden sind deshalb der Rechtszustand für bis zu diesen Stichtagen erteilte Zusagen und derjenige für die danach erteilten Versorgungszusagen.

➡ **Wichtig:**

Soweit der Arbeitgeber im Versorgungsausgleichsverfahren die Auskunft erteilt, das Anrecht des Arbeitnehmers sei noch nicht unverfallbar, ist eine sorgfältige Prüfung angeraten! Erfahrungsgemäß sind die Auskünfte zu diesem Punkt oft fehlerhaft. Weil die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen auch erst im Zeitpunkt der Entscheidung vor-

¹ BT-Drucks. 16/10144, 63.

² Gleichwohl wird auch bei einer Entgeltumwandlung davon ausgegangen, dass die Beiträge vom Arbeitgeber stammen: *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 403.

³ Gesetz zur Förderung der zusätzlichen Altersvorsorge und zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch v. 10.12.2007, BGBl. I 2007, 2838.

liegen müssen, ist es stets unverzichtbar, den Zeitpunkt zu kennen, zu dem die Unverfallbarkeit eintritt. Liegen die **gesetzlichen** Voraussetzungen der Unverfallbarkeit nicht vor, ist zusätzlich die **vertragliche** Grundlage des Anrechts zu prüfen, weil diese zugunsten des Arbeitnehmers vom Gesetz abweichen kann.

Voraussetzungen der Unverfallbarkeit für Versorgungszusagen¹ **dem Grunde nach** aus der Zeit **bis zum 31.12.2000** sind nach dem Übergangsrecht (§ 30f Abs. 1 BetrAVG aF) maximal, 155

- dass der Arbeitnehmer mindestens das 35. Lebensjahr vollendet hat und die Versorgungszusage für ihn mindestens 10 Jahre bestanden hat, oder
- dass der Beginn der Betriebszugehörigkeit mindestens 12 Jahre zurückliegt und die Versorgungszusage mindestens drei Jahre bestanden hat, oder
- dass der Arbeitnehmer das 30. Lebensjahr vollendet hat und die Versorgungszusage seit dem 1.1.2001 mindestens fünf Jahre bestanden hat.

Für die **ab dem 1.1.2001** erteilten Versorgungszusagen gelten dagegen nach §§ 1b, 30f Abs. 2 BetrAVG folgende maximale Unverfallbarkeitsvoraussetzungen: 156

- dass der Arbeitnehmer das 30. Lebensjahr vollendet hat und die Versorgungszusage mindestens fünf Jahre bestanden hat, oder
- die Versorgungszusage zwar noch keine fünf Jahre bestanden hat, der Arbeitnehmer aber aufgrund einer Vorruhestandsregelung aus dem Betrieb ausscheidet, ohne die er die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen und sonstigen Anspruchsvoraussetzungen hätte erfüllen können, oder
- dass der Arbeitnehmer das 25. Lebensjahr vollendet hat und die Versorgungszusage seit dem 1.1.2009 mindestens fünf Jahre bestanden hat, oder
- wenn die betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung (§ 1a BetrAVG) erfolgt, ohne jede Frist (§ 1b Abs. 5 BetrAVG)!

Im letzteren Fall kann der Arbeitnehmer beanspruchen, nach seinem Ausscheiden aus dem Betrieb die Versicherung oder Versorgung mit eigenen Beiträgen fortzusetzen; das Recht des Arbeitgebers, die Versorgung zu verpfänden, abzutreten oder zu beleihen, ist ausgeschlossen. Bei einer Direktversicherung muss dem Arbeitnehmer mit Beginn der Entgeltumwandlung ein unwiderrufliches Bezugsrecht eingeräumt werden (s.o. Rn. 141). 157

¹ Dasselbe gilt für Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung aufgrund betrieblicher Übung oder aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes, § 1b Abs. 1 S. 4 BetrAVG.

- 158 Ansprüche aus **ab dem 1.1.2009** erteilten Versorgungszusagen sind nach § 1b BetrAVG unter folgenden Voraussetzungen unverfallbar:
- dass der Arbeitnehmer das 25. Lebensjahr vollendet hat und die Versorgungszusage mindestens fünf Jahre bestanden hat, oder
 - die Versorgungszusage zwar noch keine fünf Jahre bestanden hat, der Arbeitnehmer aber aufgrund einer Vorruhestandsregelung aus dem Betrieb ausscheidet, ohne die er die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen hätte erfüllen können, oder
 - wenn die betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung erfolgt, ohne jede Frist (s. Rn. 157).
- 159 Voraussetzung für die Einbeziehung einer betrieblichen Anwartschaft ist auch die **Unverfallbarkeit der Höhe nach**. Diese regeln die §§ 2, 18 BetrAVG, wobei aber für den Versorgungsausgleich eine am Normzweck orientierte Bewertung erforderlich ist: Wenn das Anrecht dem Grunde nach unverfallbar ist, nicht aber seine Dynamik (zukünftige Anpassung an Inflationsausgleich), so ist letztere bei der Bewertung des Anrechts, insbesondere seines korrespondierenden Kapitalwerts¹, auszuklammern².

c) Untergang des Anspruchs durch Abfindung/Widerruf

- 160 Für Anrechte auf eine Betriebsrente besteht in den Grenzen des § 3 BetrAVG die Möglichkeit der Abfindung³. Erfolgt eine solche Abfindung vor dem Ehezeitende, so fällt das Anrecht nicht in den Versorgungsausgleich. Wird ein Anrecht nach dem Ehezeitende, aber vor der Entscheidung über den Versorgungsausgleich abgefunden, erlischt es und kann bei dem Versorgungsträger nicht mehr geteilt werden⁴. Ist die ausgleichsberechtigte Person selbst rentenberechtigt, kann sie aus § 22 VersAusglG die Zahlung des Ausgleichswerts verlangen; andernfalls kommt ein Anspruch auf Abfindung gem. § 23 VersAusglG in Betracht (näher dazu s. Rn. 306 ff.). Scheiden diese Möglichkeiten (zB wegen Vermögenslosigkeit der ausgleichspflichtigen Person) aus, kann das Familiengericht stattdessen im Rahmen des § 27 VersAusglG reagieren, wobei die Folgen – anders als nach dem alten Recht – auch den per Saldo Ausgleichspflichtigen treffen können (dazu näher Rn. 323, 329). Entsprechendes gilt für die Fälle des Widerrufs von Versorgungszusagen wegen einer schwerwiegenden Treuerverletzung des Arbeitnehmers⁵.

1 Dieser entspricht nach § 47 Abs. 3 VersAusglG dem Übertragungswert nach § 4 Abs. 5 BetrAVG.

2 Dazu ausführlich *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 448 ff.

3 Näheres hierzu bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 395 f.

4 Die Auszahlung nach dem Ehezeitende soll § 29 VersAusglG eigentlich verhindern. Zur Problematik s. *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 396.

5 Einzelheiten hierzu bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 399 ff.

d) Wertermittlung und Ermittlung des Ehezeitanteils

Die **Wertermittlung** und die **Ermittlung des Ehezeitanteils** richten sich nach § 45 VersAusglG. 161

Vorrang vor § 45 VersAusglG hat § 41 VersAusglG, der für **laufende Betriebsrenten** die Anwendung der §§ 39 f. VersAusglG regelt¹. 162

Maßgeblich für die Bewertung von **Anwartschaften** sind die Regelungen des BetrAVG, und zwar hinsichtlich des Rentenbetrags § 2 BetrAVG und hinsichtlich des Kapitalwerts § 4 Abs. 5 BetrAVG². Dabei gilt, dass stets das **Ausscheiden** des Arbeitnehmers **zum Ehezeitende** zu fingieren ist, wenn die Mitgliedschaft zum Betriebsrentensystem zu diesem Zeitpunkt fortbesteht (§ 45 Abs. 1 S. 2 VersAusglG). Auch insoweit erfolgt eine Anlehnung an die Bewertungsvorschriften des BetrAVG (§ 4a BetrAVG). Daraus folgt ua., dass eine **Dynamik** nach § 2 Abs. 5 BetrAVG **nicht als unverfallbar** betrachtet werden kann. Dies kann zu einer Aufspaltung der Anwartschaft in einen bei Scheidung auszugleichenden und einen nach Scheidung (schuldrechtlich) auszugleichenden Teil führen³. 163

Die Ermittlung des **Ehezeitanteils** erfolgt nach § 45 Abs. 2 VersAusglG vorrangig nach der unmittelbaren Methode (§ 39 VersAusglG) und nur, wo das nicht möglich ist, nach der zeiträtierlichen Methode (näher s.u. Rn. 169 ff.). 164

Maßgeblich für den **Anfangszeitpunkt** ist bei der zeiträtierlichen Methode nicht der Beginn der Versorgungszusage oder der Mitgliedschaft in einer Versorgungseinrichtung, sondern der Beginn der Betriebszugehörigkeit. In Abhängigkeit von der zugrunde liegenden Vereinbarung können auch sog. **Vordienstzeiten** (anerkannte Zeiten der Zugehörigkeit zu einem anderen Betrieb) Einfluss auf die Berechnung der Betriebszugehörigkeit, der Unverfallbarkeit und der Höhe des Anrechts nehmen⁴. 165

Der **Endzeitpunkt** ist grundsätzlich mit dem **Ehezeitende** gleichzusetzen, § 45 Abs. 2 S. 3 VersAusglG. 166

Beispiel:

A ist – zum Ehezeitende – seit 20 Jahren verheiratet und seit 25 Jahren bei B beschäftigt. Vor 15 Jahren hat ihm der B eine Betriebsrente zugesagt. Deren Wert beträgt zum Ehezeitende monatlich 500 Euro. Diese 500 Euro sind auf die gesamte Zeit der Betriebszugehörigkeit bis zum Ende der Ehezeit zu verteilen, hier also auf 25 Jahre. Ein Anteil von 20/25, also 400 Euro, fällt hiervon in die Ehezeit.

1 BT-Drucks. 16/10144, 83.

2 Hiervon verspricht sich der Gesetzgeber eine Erleichterung für die betrieblichen Versorgungsträger, welche die Bewertung vornehmen müssen; BT-Drucks. 16/10144, 83.

3 Vgl. hierzu ausführlich *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 448 ff. mit Beispielfällen.

4 *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 284.

- 167 Bei einer **endgehaltbezogenen Direktzusage** hindert diese Regelung nach Vorstellung des Gesetzgebers aber nicht eine Berechnung, die einen Quotienten zwischen der in die Ehezeit fallenden Betriebszugehörigkeit und der Gesamtbetriebszugehörigkeit bis zum Erreichen einer Regelaltersgrenze vorsieht¹.

Abwandlung: Im obigen Beispielsfall muss der A bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze noch weitere 10 Jahre arbeiten. Seine Rente würde dann, bezogen auf sein jetziges Gehalt (§ 40 Abs. 3 VersAusglG, § 2 Abs. 5 BetrAVG), monatlich 600 Euro betragen. Dann beträgt die Gesamtbetriebszugehörigkeit 35 Jahre, wovon 20 Jahre in die Ehezeit fallen. Demnach beträgt der Ehezeitanteil $20/35 = 4/7$, also 342,86 Euro.

- 168 Die kleinste Einheit zur Berechnung des Ehezeitanteils ist der Kalendermonat².

➔ **Wichtig:**

Wegen der Fehleranfälligkeit von Auskünften zu betrieblichen Anrechten sollte die jeweilige Versorgungszusage/Satzung oder sonstige Grundlage zur Berechnung des Werts und des Ehezeitanteils angefordert werden; ohne diese Grundlagen ist eine Kontrolle der Auskunft praktisch nicht möglich.

e) Probleme bei der Wertermittlung

- 168a Probleme bei der Wertermittlung betrieblicher Anrechte können sich daraus ergeben, dass der Ausgleichswert als (korrespondierender) Kapitalwert mit einem nicht marktgerechten Zinssatz (aus § 253 Abs. 2 HGB) abgezinst wird; dies kann (nur) bei der externen Teilung oder einer vereinbarten Verrechnung auf Kapitalwertbasis den ausgleichsberechtigten Ehegatten benachteiligen und eine Wertkorrektur nach § 42 VersAusglG erforderlich machen³ (s. dazu auch Rn. 247). Hierzu s.o. Rn. 39, 42. Bei der Bewertung ist jedenfalls auch die prognostizierte Rentensteigerung im Leistungsstadium zu berücksichtigen, wenn sie unverfallbar ist⁴.

aa) Richtiger Berechnungsweg

- 169 Auch die Berechnung betrieblicher Anrechte erfolgt vorrangig nach der unmittelbaren Methode; die zeiträtierliche Berechnung ist nur der Ausnahmefall; dies macht § 45 Abs. 2 VersAusglG noch einmal deutlich. Bei der Wahl der Berechnungsmethode können sich Schwierigkeiten ergeben, die aus dem Dualismus zwischen der zugrunde liegenden Versorgungszusage einerseits und der Abwicklung über dritte Versorgungsträger resultieren. **Maßgeblich ist immer die Versorgungszusage**; von ihrer Aus-

1 Ausführlich und mit Berechnungsbeispiel BT-Drucks. 16/10144, 83 f.

2 Vgl. *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 428.

3 OLG Hamm v. 6.2.2012 – 12 UF 207/10, FamFR 2012, 184.

4 Vgl. OLG München v. 20.9.2011 – 16 UF 171/11, FamRB 2012, 4.

gestaltung hängt ab, ob eine unmittelbare oder zeiträtierliche Bewertung möglich/richtig ist. Wenn in der Ehezeit in Teilzeit gearbeitet wurde, kann die zeiträtierliche Methode für den Ausgleichspflichtigen zu ungerechten Ergebnissen führen. Liegt bei der **Direktversicherung** eine inhaltsgleiche beitragsorientierte Leistungszusage zugrunde, ist das Anrecht unmittelbar aufgrund des während der Ehezeit eingezahlten **Deckungskapitals** zu bewerten¹. Die unmittelbare Bewertung ist auch dann maßgeblich, wenn und soweit die Beiträge zur betrieblichen Altersvorsorge auf einer **Entgeltumwandlung** oder **Eigenbeiträgen** des Arbeitnehmers beruhen².

Zu den Bewertungsproblemen bei **fondsgebundenen** Anrechten s.u. Rn. 230, 261. Ansonsten gilt, dass beitragsorientierte Zusagen regelmäßig eine unmittelbare Bewertung ermöglichen, während endgehaltsabhängige Zusagen oft eine zeiträtierliche Bewertung erzwingen³.

bb) Gesamtversorgung, limitierte Versorgung

Die **Gesamtversorgung** stellt einen Sonderfall der betrieblichen Altersversorgung dar. Dabei wird eine am letzten – ruhegehaltstfähigen – Einkommen orientierte (Gesamt)Versorgung zugesichert, auf die allerdings andere Leistungen, insbesondere eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung, **angerechnet** werden. Das macht die Berechnung des in den Versorgungsausgleich einzubeziehenden Anteils anspruchsvoll⁴. 170

Der Ehezeitanteil an Gesamtversorgungen wurde nach der Rechtsprechung des BGH zum alten Recht nach der sog. VBL-Methode ermittelt, die wie folgt funktioniert: 171

- (1) In einem ersten Schritt wird die erreichbare Gesamtversorgung, bezogen auf das vorgesehene Lebensalter, fiktiv errechnet;
- (2) In einem zweiten Schritt wird der Ehezeitanteil zeiträtierlich ermittelt, und zwar im Verhältnis: in die Ehezeit fallende Betriebszugehörigkeit/Gesamtbetriebszugehörigkeit;
- (3) Auf den so errechneten Anteil der Versorgung werden die in der Ehezeit erworbenen anrechenbaren sonstigen Versorgungsanwartschaften (insbesondere Rentenanwartschaften) angerechnet, soweit die Versorgungszusage dies vorsieht. Wurden auch Rentenanwartschaften, die außerhalb (vor) der Betriebszugehörigkeit und außerhalb der Ehezeit erworben worden sind, auf die Gesamtversorgung angerechnet, rechnet die BGH wie folgt:
- (4) Es werden die gesamten vor der Ehezeit erworbenen (zB gesetzlichen) Rentenanwartschaften ermittelt;

1 So zB OLG Karlsruhe v. 8.4.2005 – 2 (20) UF 57/01, FamRZ 2005, 1752 f.; *Glockner/Hoernes/Weil*, Rn. 163.

2 OLG Celle v. 24.10.2006 – 10 UF 154/06, FamRZ 2007, 563 = FamRB 2007, 134.

3 Detailliert und mit zahlreichen Beispielen hierzu *Glockner/Hoernes/Weil*, Rn. 108–171; *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 417 f.

4 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 438 ff. mit Rechenbeispielen.

- (5) Hiervon wird ein Anteil von der oben errechneten Gesamtversorgungsanwartschaft abgezogen, welcher dem unter (2) ermittelten Verhältnis entspricht.
- 172 Der Gesetzgeber hat diese Methode für die normalen betrieblichen Anrechte allerdings abgeschafft, weil auch die Anrechte aus Gesamtversorgungen nach dem Berechnungsvorschriften des BetrAVG zu berechnen sind¹. Anwendbar ist sie nur noch für vor dem 1.1.2002 berentete Personen mit Anspruch auf eine öffentlich-rechtliche Zusatzversorgung (s.u. Rn. 185). Nach der (wegen der BGH-Rechtsprechung lange nicht mehr verwendeten) Betriebsrenten- oder Hochrechnungsmethode muss das anzurechnende (oft gesetzliche) Rentenrecht in einem Näherungsverfahren auf den Wert hochgerechnet werden, den es bei Erreichen der Altersgrenze haben wird. So wird festgestellt, ob die Grenze erreicht wird, welche zu einer Anrechnung der Rente auf die Gesamtversorgung führt².
- 173 Ähnliche Probleme bieten die sog. **limitierten Versorgungsungen**, die zur **Aufstockung** von Renten zugesagt werden, dabei aber ebenfalls auf einen Höchstsatz begrenzt sind, den sie – zusammen mit der gesetzlichen Rente – nicht übersteigen dürfen³. Übersteigt die Versorgung zusammen mit der Rente den Höchstsatz, wird sie gekürzt. Zur Berechnung der Kürzung des Ehezeitanteils ist auch hier die Betriebsrentenmethode anzuwenden.

f) Besteuerung

- 174 Die Rentenleistungen aus Direktzusagen und von Unterstützungskassen werden (erst) in dem Zeitpunkt, in dem sie erbracht werden, als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit besteuert; dies gilt auch, soweit sie infolge einer Teilung an die ausgleichsberechtigte Person fließen (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Entsprechendes (nachgelagerte Besteuerung) regelt § 22 Nr. 5 EStG für Leistungen aus Pensionsfonds, Pensionskassen und Direktversicherungen, soweit die Leistungen auf steuerlich begünstigten Beiträgen beruhen. Bei Leistungen aus nicht steuerlich geförderten Beiträgen scheidet eine volle Besteuerung wegen des Verbots der Doppelbesteuerung⁴ aus. Hier kann es darauf ankommen, ob die zugrunde liegenden Verträge bis Ende 2004 oder danach abgeschlossen worden sind. Die Renten werden grundsätzlich mit dem Ertragsanteil besteuert; bei Verträgen ab 2005, welche die Voraussetzungen der sog. „Rürup-Rente“ (§ 10 Abs. 1 Nr. 2b EStG) erfüllen, werden die Leistungen dagegen wie gesetzliche Renten besteuert⁵.

1 Das haben zunächst einige Literaten der „ersten Stunde“ übersehen; vgl. Erman/*Norpoth*, § 45 VersAusglG Rn. 13 ff., 19.

2 OLG Koblenz v. 20.10.1988 – 11 UF 1306/87, FamRZ 1989, 292 mwN.

3 *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 439 mit Berechnungsbeispiel.

4 Wenn schon die Beiträge aus versteuertem Einkommen stammen, dürfen nicht auch noch die Rentenleistungen versteuert werden; nur der (Zins-)Ertrag aus der Geldanlage darf dann noch versteuert werden.

5 Einzelheiten bei *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 1253.

g) Zusatzversorgung des öffentlichen oder kirchlichen Dienstes

Die Zusatzversorgung des öffentlichen oder kirchlichen Dienstes ist zwar ebenfalls Teil der betrieblichen Altersversorgung. Für sie gelten jedoch besondere Regeln (§ 18 BetrAVG). Da es sich um eine **Pflichtversicherung** handelt, die alle Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes (mit Ausnahme der Beamten) erfasst¹, sind deren Angaben zur betrieblichen Altersversorgung stets leicht auf (Un)Vollständigkeit zu überprüfen. 175

Die wichtigsten **Träger der Zusatzversorgung** sind die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) sowie kommunale und kirchliche Zusatzversorgungseinrichtungen (Einzelheiten: § 18 Abs. 1 BetrAVG). Sie sind als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert. 176

Die Leistungen der Zusatzversorgung werden über **Umlagen** finanziert (zB § 64 VBL-Satzung); diese werden zum großen Teil von den Arbeitgebern, zu einem kleinen Teil auch von den Arbeitnehmern erbracht. Das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Zusatzversorgungskasse ist **privatrechtlicher** Natur. Bei einem Wechsel von einem zum anderen öffentlichen Arbeitgeber sichern **Überleitungsabkommen** die Übernahme erworbener Anrechte in die Zusatzversorgung bei dem neuen Arbeitgeber oder die wechselseitige Berücksichtigung von Wartezeiten. 177

Als **Versorgungsträger** wurden schon nach dem alten Recht (allein) die Zusatzversorgungskassen behandelt. Weil es sich dabei um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt, wurden die dort bestehenden Anrechte des Ausgleichspflichtigen extern geteilt, indem zulasten der Versorgungsanwartschaft des Pflichtigen bei der Zusatzversorgungskasse Rentenanwartschaften für den Berechtigten in der gesetzlichen Rentenversicherung begründet wurden (sog. analoges Quasisplitting, § 1 Abs. 3 VAHRG aF). Insoweit können die oben beschriebenen Probleme, die sich aus dem Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber, Versorgungsträger und Arbeitnehmer ergeben (vgl. Rn. 146–150), nicht auftreten, weil der Arbeitnehmer nach Eintritt der Unverfallbarkeit **kraft Gesetzes** einen **Anspruch** auf die Leistungen der Zusatzversorgungskasse erwirbt, den der Arbeitgeber nicht mehr entwerten kann (§ 18 Abs. 2 BetrAVG). 178

aa) Unverfallbarkeit

Die einzige Unverfallbarkeitsvoraussetzung für Anrechte auf eine Zusatzversorgung des öffentlichen/kirchlichen Dienstes ist die Erfüllung einer **Wartezeit von 60 Monaten (fünf Jahren)**. Eine Differenzierung der Unverfallbarkeit nach Grund und Höhe – wie bei den sonstigen Betriebsrentenanrechten – entfällt nach der Umstellung auf das Punktemodell. Weil die Zusatzversorgung damit entweder ganz oder gar nicht unverfallbar ist, ist sie – anders als z.B. endgehaltsbezogene, betriebliche Renten- 179

¹ Einzelheiten bei *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 452 ff.

anrechte – demnach auch entweder ganz im Versorgungsausgleich bei Scheidung oder im Versorgungsausgleich nach Scheidung zu teilen.

bb) Wertermittlung und Ermittlung des Ehezeitanteils

- 180 Bei der Zusatzversorgung des öffentlichen und kirchlichen Dienstes übernahmen die Versorgungskassen schon vor der Srukturereform – anders als die privaten Träger der betrieblichen Altersversorgung – regelmäßig mit der Wertmitteilung bereits die Ermittlung des Ehezeitanteils. Fehler treten hierbei erfahrungsgemäß selten auf.
- 181 Die Sondervorschrift für die Bewertung betrieblicher Anrechte, § 45 VersAusglG, ist nach ihrem Abs. 3 auf Zusatzversorgungsanwartschaften nicht anzuwenden. Denn die Bewertungsvorschriften der §§ 2, 4 Abs. 5 BetrAVG passen nicht für die überwiegend umlagefinanzierte Zusatzversorgung¹. Deswegen gelten hierfür allgemein die §§ 39–41 VersAusglG.
- 182 Probleme bereitet die zum 1.1.2002 vorgenommene **Systemumstellung** von einem **Gesamtversorgungssystem** auf ein **Punktemodell**. Denjenigen, die bis zum 31.12.2001 bereits Anrechte auf eine Zusatzversorgung erworben hatten, ist eine **Startgutschrift** in Höhe des Werts der bislang erworbenen Anwartschaften übertragen worden. Ab 2002 werden die künftigen Leistungen, ähnlich wie in der gesetzlichen Rentenversicherung, durch die Gutschrift von Versorgungspunkten ermittelt².
- 183 Das System für die Ermittlung der Startgutschrift hat der IV. Zivilsenat des BGH mit Urteil v. 14.11.2007³ wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) für verfassungswidrig erklärt, soweit rentenferne Versicherte betroffen sind⁴. Bis zur Umsetzung der inzwischen gefundenen Neuregelung (voraussichtlich Mitte 2012) können die Zusatzversorgungsanrechte der hiervon Betroffenen (= Inhaber einer Startgutschrift) also gar nicht ermittelt werden; die Versorgungsausgleichsverfahren müssen also **insoweit** ausgesetzt werden⁵. Nicht betroffen sind die Anwartschaften von rentennahen Versicherten, die am 1.1.2002 das 55. Lebensjahr vollendet hatten. Ebenso wenig sind die erst nach dem 31.12.2001 geschlossenen Ehen betroffen, weil dann in die Ehezeit keine Anwartschaften aus der Startgutschrift entfallen. Schließlich sind auch die Zusatzversorgungsanrechte derjenigen nicht betroffen, die zum

1 BT-Drucks. 16/10144, 84.

2 S. Borth, Versorgungsausgleich, Rn. 454 ff.

3 BGH v. 14.11.2007 – IV ZR 74/06, FamRZ 2008, 395 ff. = FamRB 2008, 35.

4 Näher dazu Borth, Versorgungsausgleich, Rn. 459.

5 Str.; Nachweise zur Rspr. bei Erman/Norpoth, § 19 VersAusglG Rn. 15 aE und OLG Stuttgart v. 18.7.2011 – 11 UF 147/09 VA, FamRZ 2011, 1734. Nach dem alten Recht war der gesamte Versorgungsausgleich von der Aussetzung betroffen; vgl. nur BGH v. 5.11.2008 – XII ZB 87/06, FamRZ 2009, 211 = FamRB 2009, 108, FamRB 2009, 70 und FamRB 2009, 71; BGH v. 5.11.2008 – XII ZB 181/05, FamRZ 2009, 296.

1.1.2002 bereits eine Zusatzversorgungsrente bezogen haben. Deren Anrechte werden nämlich noch aufgrund der früheren Bestimmungen ermittelt¹.

Im Übrigen gilt, dass der Ehezeitanteil für die seit dem 1.1.2002 erworbenen Anwartschaften nach § 39 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG auf Grundlage der Versorgungspunkte unmittelbar ermittelt werden kann. Für die vor dem 1.1.2002 erworbenen Anwartschaften kommt dagegen nur eine zeitratierliche Ermittlung des Ehezeitanteils in Betracht. Das kann eine getrennte Berechnung der Ehezeitanteile für die Zeit bis zum 31.12.2001 und für die Zeit danach erfordern². 184

Liegt auch der Rentenbeginn vor dem 1.1.2002, dann ist der Ehezeitanteil nach der – ggf. zu modifizierenden – VBL-Methode (vgl. Rn. 171) zu berechnen³. 185

cc) Besteuerung

Renten aus der Zusatzversorgung werden insoweit voll besteuert, als sie auf steuerlich geförderten Beiträgen beruhen (§ 22 Nr. 5 S. 1 EStG); soweit sie auf vom Arbeitgeber oder Arbeitnehmer versteuerten Beiträgen beruhen, wird nur der Ertragsanteil besteuert (§§ 22 Nr. 5 S. 2a i.V.m. § 22 Nr. 1 S. 3a, bb EStG)⁴. 185a

5. Private Alters- und Invaliditätsversorgungen

Private Vorsorge gilt für abhängig Beschäftigte wie für Selbständige als weiterer wichtiger Baustein der Alters- und Invaliditätsvorsorge. Der Gesetzgeber hat – parallel zu der Absenkung des Rentenniveaus in der gesetzlichen Rentenversicherung – die Möglichkeiten privater Altersvorsorge durch steuerliche Förderung verbessert⁵. Die Formen sind vielfältig. Die Versicherer sind in der Verwendung der Beiträge der Versicherungsnehmer nicht völlig frei, sondern unterliegen der Versicherungsaufsicht nach dem VAG. Gesetzliche Grundlagen der Versicherungsverträge finden sich im VVG, die nähere Ausgestaltung wird durch Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) vorgenommen. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Behandlung fondsgebundener Anrechte wegen ihrer Wertschwankungen im Versorgungsausgleich. 186

1 Vgl. hierzu *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 468, 767 f.

2 Vgl. BGH v. 25.4.2007 – XII ZB 206/06, FamRZ 2007, 1084 noch auf der Grundlage des alten Rechts.

3 BGH v. 6.7.2005 – XII ZB 226/01, FamRZ 2005, 1458 ff. = FamRB 2005, 323; BGH v. 20.7.2005 – XII ZB 211/00, FamRZ 2005, 1664 ff. = FamRB 2006, 8.

4 S. *Breuers*, FPR 2011, 519; *Ruland*, Versorgungsausgleich, Rn. 1253.

5 Vgl. §§ 10a, 82 EStG.

a) Arten und Einbeziehung in den Versorgungsausgleich

- 187 Neben verschiedenen Spielarten von **Lebensversicherungen** können auch private **Unfallversicherungen** und **Berufsunfähigkeits(zusatz)versicherungen** im Einzelfall in den Versorgungsausgleich einzubeziehen sein. Ein wesentliches Kriterium für die Einbeziehung in den Versorgungsausgleich ist, ob die Versicherungsleistung sicher erfolgt oder zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags noch vom Eintritt eines **ungewissen Ereignisses** abhängt. Letzteres gilt für alle (reinen) Risikoversicherungen (Risikolebensversicherung, Berufsunfähigkeitsversicherung, Unfallversicherung). Sie werden deshalb grundsätzlich nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen. Ausnahmen gelten bei der Berufsunfähigkeits- und der privaten Unfallversicherung, wenn der Versicherungsfall zum Ehezeitende bereits eingetreten ist und Leistungen bezogen werden (§ 28 VersAusglG).

Bei Lebensversicherungsverträgen kann die vertragliche Konstruktion Zuordnungsschwierigkeiten bereiten. Sie werden zwischen einem **Versicherungsnehmer** und einem **Versicherer** geschlossen. Sie können auf das Leben des Versicherungsnehmers oder einer anderen Person (**versicherte Person**) geschlossen werden (§ 150 Abs. 1 VVG). Im Versicherungsvertrag kann schließlich auch eine dritte Person zum **Bezugsberechtigten** bestimmt werden, und zwar wahlweise widerruflich oder unwiderruflich (§ 159 VVG). Ist das Bezugsrecht widerruflich eingeräumt, erwirbt die bezugsberechtigte Person den Leistungsanspruch erst mit Eintritt des Versicherungsfalls (§ 159 Abs. 2 VVG). Daraus folgt, dass ausgleichspflichtige Person eines Lebensversicherungsvertrags entweder der Versicherungsnehmer ist oder eine andere Person, wenn dieser ein **unwiderrufliches Bezugsrecht** (§ 159 Abs. 3 VVG) eingeräumt ist oder bei einem widerruflichen Bezugsrecht der Versicherungsfall eingetreten ist. Ist einem der Ehegatten/Lebenspartner ein unwiderrufliches Bezugsrecht von einem Dritten eingeräumt worden, fällt dieses nur dann in den Versorgungsausgleich, wenn es **durch Arbeit oder Vermögen eines der Ehegatten** erworben worden ist (Bsp.: Direktversicherung im Rahmen betrieblicher Altersvorsorge). Wer die versicherte Person ist, ist dagegen nicht von Belang¹.

aa) Lebensversicherungen

- 188 Private Lebensversicherungen kommen in drei Grundformen vor: als Kapitallebensversicherung, Leibrentenversicherung und als Risikolebensversicherung. Insbesondere das zwischen den ersten beiden Leistungsarten häufig vereinbarte Wahlrecht bereitet Schwierigkeiten.

¹ Str.: aA OLG Zweibrücken v. 4.2.2011 – 2 UF 82/10, FamRZ 2011, 1228 = FamRB 2011, 170; Palandt/*Brudermüller*, § 46 VersAusglG Rn. 3 mwN zum Streitstand.

Bei der **Kapitallebensversicherung** ist mit Erreichen eines bestimmten Alters (oft: Rentenalter) eine einmalige Kapitalleistung vorgesehen. Finanziert wird die Leistung aus einem Deckungskapital, für das der Versicherungsnehmer zuvor Beiträge geleistet hat. Diese Versicherungen fielen nach altem Recht **nicht in den Versorgungsausgleich**, sondern wurden ausschließlich im Zugewinnausgleich berücksichtigt. Dabei bleibt es auch nach dem neuen Recht, allerdings mit einer wichtigen Ausnahme: **Anrechte nach dem AltZertG** (die allerdings auch nur eine teilweise Kapitalauszahlung zulassen) werden unabhängig von der konkreten Auszahlungsform in den Versorgungsausgleich einbezogen. Bei diesen Verträgen unterfallen also auch Anwartschaften auf **einmalige Kapitalzahlungen** dem Versorgungsausgleich (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG). Grund für eine weitergehende Einbeziehung von Kapitallebensversicherungen sieht der Gesetzgeber dagegen nicht. Diese haben nämlich nicht immer Vorsorgecharakter, sondern dienen häufig der Finanzierung größerer Anschaffungen, sind beispielsweise in eine Immobilienfinanzierung eingebunden. Zudem sind sie – anders als betriebliche Anrechte – für den Ausgleichspflichtigen auch in der Ansparphase aufgrund einer Kündigungsmöglichkeit leichter verfügbar. Insoweit verbleibt es dabei, dass Kapitallebensversicherungen – mit der genannten Ausnahme – nicht in den Versorgungsausgleich fallen, sondern (ggf.) güterrechtlich auszugleichen sind¹.

189

➔ **Praxistipps:**

Wenn eine Kapitallebensversicherung nicht in den Versorgungsausgleich fällt, zugleich aber auch im Güterrecht nicht ausgeglichen wird (etwa bei Gütertrennung), kann die Durchführung des Versorgungsausgleichs (teilweise) unbillig i.S.d. § 27 VersAusglG sein. Daran ist bei Auftauchen von Kapitallebensversicherungen immer zu denken. Sind Kapitallebensversicherungen zur Sicherung eines Darlehens abgetreten, fallen sie nicht in den Versorgungsausgleich, sondern (ggf.) in den Zugewinnausgleich (str.; s.o. Rn. 26).

Die **Leibrentenversicherung** sieht im Gegensatz zur Kapitallebensversicherung die Leistung einer – meist lebenslangen – Rente ab einem vertraglich festgelegten Zeitpunkt vor. Sie wird – wie die Kapitallebensversicherung – aus einem Deckungskapital finanziert, welches der Versicherer zuvor aus den Beiträgen des Versicherungsnehmers gebildet hat. Sie fällt in den Versorgungsausgleich, wenn sie tatsächlich der Alters- oder Invaliditätsvorsorge dient (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG). Daran kann es im Einzelfall fehlen, wenn der Rentenbeginn weit vor dem Eintritt in das Rentenalter liegt; in einem solchen Fall kann ein Renditecharakter an die Stelle des Vorsorgecharakters treten².

190

1 BT-Drucks. 16/10144, 48.

2 BGH v. 14.3.2007 – XII ZB 36/05, FamRZ 2007, 889 f. = FamRB 2007, 294; BGH v. 23.2.2005 – XII ZB 198/01, FamRZ 2005, 696 (698) = FamRB 2005, 229.

- 191 Weder die Kapitallebensversicherung noch die Leibrentenversicherung treten idR in reiner Form auf; vielmehr sind sie üblicherweise mit einem **Wahlrecht** ausgestattet. Der Versicherungsnehmer hat die Option, statt des versprochenen Kapitals eine Rente zu beanspruchen und umgekehrt. Weil die Art der zu beanspruchenden Leistung im Regelfall über die Einbeziehung der Versicherung in den Versorgungsausgleich entscheidet, stellen sich Fragen nach Wirkungen und Missbrauch des Wahlrechts¹. Nach der **Rechtsprechung des BGH zum alten Recht** gelten folgende Grundsätze:
- 192 Die **Kapitallebensversicherung mit Rentenwahlrecht** unterfällt nur dann dem Versorgungsausgleich, wenn zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags das Rentenwahlrecht ausgeübt ist². Unabhängig hiervon fallen Anrechte nach dem AltZertG sowie im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge gebildete Anrechte nach dem jetzt geltenden Recht stets in den Versorgungsausgleich.
- 193 Die **Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht** unterfällt ihrerseits auch nur dann dem Versorgungsausgleich, wenn das Wahlrecht **bis zur Entscheidung über den Versorgungsausgleich** nicht ausgeübt worden ist. Der BGH hat argumentiert, dass nur solche Rentenrechte in den Versorgungsausgleich einzubeziehen seien, die im Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich noch nicht erloschen sind; der Versorgungsausgleich sei in seiner Ausformung durch das (damals) geltende Recht auf den Ausgleich von Rentenrechten zugeschnitten und stelle für den Ausgleich von Kapitalforderungen keine geeigneten Ausgleichsmechanismen zur Verfügung³.
- 194 Diese Argumentation ist durch das neue Recht eigentlich erledigt. Denn nunmehr werden im Versorgungsausgleich auch anderweitige Anrechte aus Kapitallebensversicherungen geteilt. Danach ist es jetzt möglich, über die Einbeziehung der Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht den Zustand ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags entscheiden zu lassen⁴. Trotzdem hat der BGH sich auch im neuen Recht gegen die Berücksichtigung von Lebensversicherungen nach ausgeübtem Kapitalwahlrecht ausgesprochen, selbst wenn die Option erst zwischen Ehezeitende und dem Zeitpunkt der Entscheidung ausgeübt worden ist⁵.
- 195 Die **Risikolebensversicherung** ist, wie oben (Rn. 187) dargelegt, im Versorgungsausgleich nicht zu berücksichtigen. Sie stellt auch keine Form

1 Vgl. dazu auch *Götsche*, FamRB 2011, 380.

2 BGH v. 15.1.1992 – XII ZR 247/90, FamRZ 1992, 411 (412); BGH v. 13.1.1993 – XII ZB 75/89, FamRZ 1993, 684 (685).

3 BGH v. 5.2.2003 – XII ZB 53/98, FamRZ 2003, 664 (665) = FamRB 2003, 178; zur Kritik vgl. *Borth*, Versorgungsausgleich, Rn. 48 mwN.

4 Wie hier *Johannsen/Henrich/Jaeger*, § 1575 BGB Rn. 9; *Erman/Norpoth*, § 2 VersAusglG Rn. 11; aA zB *Johannsen/Henrich/Hahne*, § 2 VersAusglG Rn. 14.

5 BGH v. 5.10.2011 – XII ZB 555/10, FamRZ 2011, 1931 = FamRB 2011, 367.

der Altersvorsorge dar und fällt aus diesem Grund nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG aus dem Anwendungsbereich des Versorgungsausgleichs heraus.

bb) Berufsunfähigkeitsversicherung und Unfallversicherung

Private Berufsunfähigkeitsversicherungen werden isoliert, oft aber auch 196 in Kombination mit privaten Lebensversicherungen als Berufsunfähigkeitszusatzversicherungen angeboten. Es handelt sich, wie oben (Rn. 187) dargelegt, um Risikoversicherungen. Aus den Beiträgen der bei dem Versicherungsunternehmen gegen dasselbe Risiko Versicherten wird nur für diejenigen, bei denen sich das versicherte Risiko verwirklicht, ein Deckungskapital für die dann zukünftig zu leistenden Rentenbeträge gebildet. Aus diesem Grund – und deshalb, weil vor Eintritt des Versicherungsfalls die Leistung als solche völlig ungewiss ist – können Berufsunfähigkeitsrenten nur dann in den Versorgungsausgleich einbezogen werden, wenn der Versicherungsfall bereits in der Ehezeit eingetreten ist (§ 28 VersAusglG).

Dasselbe gilt für Unfallversicherungen; diese können auch nur dann in 197 den Versorgungsausgleich einbezogen werden, wenn sie ausnahmsweise nicht auf eine Kapitalleistung, sondern auf eine Rente lauten. Dass Unfallrenten der **gesetzlichen** Unfallversicherung nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen werden, beruht auf deren Entschädigungscharakter und auf dem Umstand, dass die Beiträge für die gesetzliche Unfallversicherung von Arbeitgebern getragen werden. Beides hindert die Einbeziehung **privater** Unfall- oder Berufsunfähigkeitsrenten in den Versorgungsausgleich nicht¹.

cc) Sonstige Formen privater Altersvorsorge

Durch das Altersvermögensgesetz² und das Altersvermögensergänzungsgesetz³ werden weitere Produkte der Altersvorsorge gefördert, die auch 198 von Banken oder Fonds herausgegeben werden. Es handelt sich um Anteile an thesaurierenden oder ausschüttenden Investmentfonds. An deren Einbeziehung in den Versorgungsausgleich nach **altem** Recht bestanden Zweifel, soweit es sich nicht um Versicherungsprodukte i.S.d. § 1 Abs. 4 VAG handelt. Diese Zweifel sind nach dem jetzt geltenden Recht ausgeräumt, da die betroffenen Anrechte nach der Definition des § 2 VersAusglG auszugleichen sind.

1 Vgl. OLG Karlsruhe v. 10.4.1996 – 16 UF 308/94, FamRZ 1996, 1554 f.; Borth, Versorgungsausgleich, Rn. 661 f.

2 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens v. 26.6.2001, BGBl. I, 1310 ff.

3 Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens v. 21.3.2001, BGBl. I, 403 ff.

b) Ermittlung des Ehezeitanteils

199 Für die Ermittlung des Ehezeitanteils gilt die Sonderregelung des § 46 VersAusglG. Danach ist für Anrechte aus Versicherungsverträgen der in die Ehezeit fallende **Rückkaufswert** maßgeblich, der für ab 2008 abgeschlossene Versicherungsverträge nach § 169 Abs. 3 S. 1 VVG, für die davor abgeschlossenen Verträge nach § 176 VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung¹ zu ermitteln ist. Der Rückkaufswert besteht aus dem zum Ehezeitende (§ 3 Abs. 1 VersAusglG) gebildeten **Deckungskapital** einschließlich bereits zugeteilter Überschussanteile (§ 153 VVG) sowie eines vertraglich festgelegten Anteils an den **Schlussüberschüssen** und etwaigen Bewertungsreserven (§ 169 Abs. 7 VVG), welches um das zum Ehezeitbeginn bereits vorhandene Deckungskapital zu bereinigen ist. Schwierigkeiten bei der Wertbestimmung bestehen hier deshalb, weil hinsichtlich der Schlussüberschüsse und Bewertungsreserven der Stichtagswert ab dem Ehezeitende noch nach oben oder unten veränderlich sein kann. Das liegt daran, dass zum Ehezeitende eine tatsächliche Vertragsbeendigung nicht stattfindet. Deswegen wird bei interner Teilung von einigen Gerichten der Wert nur als vorläufig und nicht bewertungsrelevant angesehen². Richtig ist, dass der Anteil an den Schlussüberschüssen und Bewertungsreserven wegen seiner eigenständigen und vom Deckungskapital unabhängigen Entwicklung getrennt anzugeben ist³. Bei der internen Teilung stellt allerdings § 11 Abs. 1 VersAusglG bereits einen Gleichlauf der geteilten Versorgungsanrechte sicher. Ob Anteile an Schlussüberschüssen und Bewertungsreserven den Wert des Anrechts nicht beeinflussen, ist aber sehr zweifelhaft⁴. Bei externer Teilung stellt sich, wie bei den fondsgebundenen Versicherungen, die Frage nach einer offenen Tenorierung (näher dazu unten Rn. 261). Stornokosten dürfen nicht abgezogen werden (§ 46 S. 2 VersAusglG), weil die Versicherung ja nicht storniert, sondern geteilt werden soll⁵.

➔ Praxistipp:

Einige Versicherer geben aus Unsicherheit die Werte der Beteiligung an Schlussüberschüssen und Bewertungsreserven gar nicht an. Weil die Schlussgewinne aber idR 15–20 % des Anrechtswerts ausmachen, kann das zu einer erheblichen Unterbewertung führen⁶; deswegen sollten die Anwälte die Angaben zu privaten Lebensversicherungen immer auf Vollständigkeit prüfen!

1 Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 EGVVG.

2 ZB OLG München v. 29.12.2010 – 12 UF 1235/10, FamRZ 2011, 978; dem folgend OLG Celle v. 30.8.2011 – 10 UF 127/11, FamRB 2011, 369; KG v. 25.3.2011 – 13 UF 229/10, FamRZ 2011, 1733.

3 Vgl. OLG München v. 14.10.2010 – 12 UF 605710, OLG München v. 14.10.2010 – 12 UF 605/10, FamRZ 2011, 377.

4 Jaeger, FamRZ 2011, 1348.

5 Borth, Versorgungsausgleich, Rn. 516.

6 Jaeger, FamRZ 2011, 1348.

Wird zum Ehezeitende aus einer Leibrentenversicherung bereits eine Rente gezahlt, kann kein Deckungskapital mehr unter Anwendung des § 169 VVG gebildet werden, weil laufende Renten nicht rückkaufsfähig sind. Hier muss der verbleibende Wert versicherungsmathematisch unter Berücksichtigung der Leistungszusage und der statistischen Lebenserwartung des Ausgleichspflichtigen ermittelt werden¹. 200

Die Ermittlung eines Rückkaufswerts ist auch bei den sog. „Rürup-Renten“ i.S.d. § 10 Abs. 1 Nr. 2b EStG nicht möglich, weil diese Renten nicht kapitalisierbar sein dürfen. In diesem Fall ist der Wert unmittelbar nach § 39 VersAusglG zu ermitteln². 201

Auch bei **fondsgebundenen Lebensversicherungen** bereitet die Bestimmung eines Rückkaufswerts Schwierigkeiten. Nach **geltendem** Recht hält § 169 Abs. 4 VVG die Möglichkeit zur Bestimmung eines Zeitwerts nach anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik vor. Diesem sind die in der Ehezeit zugeteilten Überschüsse nach § 169 Abs. 7 VVG hinzuzurechnen. Die Bewertungsprobleme treten zumindest bei **interner** Teilung in den Hintergrund, weil bei Fondsanteilen nicht ein **Wert**, sondern ein nach § 39 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG ermittelbarer ehezeitlicher **Anteilsbestand** zu teilen ist³. Das führt zu einer gleichmäßigen Risikoverteilung auf beide Parteien. Entsprechendes gilt für Altverträge, die noch nach § 176 VVG aF zu berechnen sind⁴. Bei **externer** Teilung stellt sich wegen der möglichen Wertschwankungen die Frage nach einer offenen Tenorierung (näher dazu unten Rn. 261). 202

Soweit **Verträge nach dem AltZertG** nicht von Versicherern, sondern etwa von **Banken/Sparkassen** angeboten werden, existieren für die Bewertung keine speziellen Regeln. Es handelt sich in diesen Fällen nicht um Versicherungen, sondern um Banksparpläne, die nach den allgemeinen Regeln unmittelbar zu bewerten sind. 203

Wenn bei einer **Berufsunfähigkeits(zusatz)versicherung** während der Ehezeit der Versicherungsfall eingetreten ist, ist die Rente unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 VersAusglG⁵ nach § 28 Abs. 2 VersAusglG insgesamt in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, weil die tatsächliche Rentenleistung auf dem letzten (und in der Ehezeit) gezahlten Versicherungsbeitrag beruht⁶. Der Ausgleichswert ist hier ausnahmsweise nur als Rente zu ermitteln, weil der Ausgleich zwar **bei Scheidung**, aber nach 204

1 Erman/Norpoth, § 41 VersAusglG Rn. 9 mwN.

2 BT-Drucks. 16/10144, 85.

3 Vgl. OLG München v. 14.10.2010 – 12 UF 605/10; Hoffmann/Raulf/Gerlach, FamRZ 2011, 335 f.

4 Jaeger, FamRZ 2011, 1348.

5 Auch der Berechtigte muss eine Invaliditätsrente beziehen oder die Voraussetzungen dafür erfüllen. Zur Begr. vgl. BT-Drucks. 16/10144, 70.

6 BT-Drucks. 16/10144, 70; BGH v. 20.7.2005 – XII ZB 289/03, FamRZ 2005, 1530 f. = FamRB 2005, 323.

den Regeln für den Versorgungsausgleich **nach Scheidung** erfolgt (§ 28 Abs. 3 i.V.m. §§ 20–22 VersAusglG)¹.

c) Steuerliche Behandlung

- 205 Beiträge zu privaten Lebensversicherungen, die bis zum 31.12.2004 abgeschlossen worden sind und für die bis zum diesem Zeitpunkt ein Versicherungsbeitrag entrichtet wurde, werden weiter bis zu bestimmten Höchstgrenzen (mind. 1500 Euro, bis 2010 max. 6136 Euro jährlich bei Zusammenveranlagung) vom zu versteuernden Einkommen abgezogen (§ 10 Abs. 1 Nr. 3b, Abs. 4, 4a EStG); trotzdem werden die daraus resultierenden Leistungen weiter nur mit dem Ertragsanteil besteuert². Weitergehend können Aufwendungen für Altersvorsorge i.S.d. § 10 Abs. 1 Nr. 2b EStG (mit der Folge, dass die späteren Rentenleistungen nachgelagert besteuert werden) abzusetzen sein; auch hier gelten – unter Mitberücksichtigung von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung – Höchstgrenzen (Einzelheiten: § 10 Abs. 2 und 3 EStG). Durch weitere Steuervergünstigungen und Zulagen gefördert werden die sog. Riesterrenten (§ 10a EStG).

VII. Durchführung des Versorgungsausgleichs

- 206 Der Gesetzgeber hat für die Durchführung des Versorgungsausgleichs keine neuen Instrumentarien erfunden. Er hat allerdings das System von der Saldierung auf einen Hin-und-Her-Ausgleich umgestellt und **neue Begriffe** eingeführt.
- 207 Es wird unterschieden zwischen dem **Wertausgleich bei Scheidung** (tritt an die Stelle des früheren öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleichs), der Priorität genießt, und dem **Wertausgleich nach der Scheidung** (schuldrechtlicher Versorgungsausgleich), dem (jedenfalls) die in § 19 VersAusglG aufgezählten Anrechte unterfallen. Für einen ersten Überblick s. Schaubild unter Rn. 561.

1. Wertausgleich bei Scheidung

- 208 Innerhalb des Wertausgleichs bei Scheidung gibt es die beiden Instrumente der **internen Teilung** (Teilung des Anrechts bei demselben Versorgungsträger, § 10 VersAusglG) und der **externen Teilung** (Begründung eines Anrechts bei einem anderen Versorgungsträger, § 14 VersAusglG). Nach der Rangfolgenregelung des § 9 VersAusglG hat die interne Teilung den Vor-

¹ Das schützt die ausgleichsberechtigte Person, die ggf. die versicherungsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen für die Rente nicht erfüllt. Dann würde die interne Teilung des Anrechts ins Leere laufen; BT-Drucks. 16/10144, 70 f.

² *Breuers*, FPR 2011, 519.

Kapitel 14

Anwaltsvergütung und Verfahrenskostenhilfe

Inhaltsübersicht

<p>I. Arbeitshinweise</p> <p>II. Problemfelder</p> <p>III. Einführung</p> <p>1. Wirtschaftliche Gesichtspunkte bei der Bearbeitung von Familiensachen 1</p> <p>2. Vergütungsvereinbarungen ... 10</p> <p> a) Vereinbarung bei Verfahrenskostenhilfe und Beratungshilfe 11</p> <p> b) Wirksamkeit von Vergütungsvereinbarungen ... 15</p> <p> c) Angemessenheitsprüfung .. 23</p> <p> d) AGB-Regelungen 28</p> <p> e) Vorzeitige Beendigung des Mandats 29</p> <p> f) Erfolgshonorar 30</p> <p>3. Besonderheiten bei der Berechnung der gesetzlichen Vergütung</p> <p> a) Gegenstandswert 38</p> <p> b) Dieselbe Angelegenheit 42</p> <p> c) Verbundverfahren 54</p> <p>IV. Außergerichtliche Tätigkeit</p> <p>1. Beratung, § 34 RVG</p> <p> a) Gesetzliche Regelung 55</p> <p> b) Gebührenvereinbarung..... 58</p> <p> c) Anrechnungsvereinbarung . 63</p> <p> d) Fehlende Gebührenvereinbarung 67</p> <p> e) Erste Beratung 79</p> <p>2. Außergerichtliche Vertretung, VV Nr. 2300 83</p> <p>3. Bestimmung der angemessenen Gebühr nach § 14 RVG ... 94</p> <p> a) Umfang der anwaltlichen Tätigkeit 96</p> <p> b) Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit 97</p> <p> c) Bedeutung der Angelegenheit für den Auftraggeber ... 99</p> <p> d) Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Auftraggebers 102</p> <p> e) Haftungsrisiko 103</p>	<p>4. Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr 105</p> <p>5. Ersatzpflicht des Gegners für den nicht anrechenbaren Teil der Geschäftsgebühr 113</p> <p>V. Gerichtliche Verfahren</p> <p>1. Ehesachen 118</p> <p> a) Verfahrenswert 119</p> <p> b) Gebührensätze nach VV Nr. 3100 ff. 126</p> <p>2. Unterhalt</p> <p> a) Wert, § 51 FamGKG 139</p> <p> b) Gebührensätze 148</p> <p>3. Zugewinn</p> <p> a) Vergütungsvereinbarung 167</p> <p> b) Gegenstandswert 168</p> <p>4. Versorgungsausgleich</p> <p> a) Gegenstandswert 177</p> <p> b) Gebührensätze 191</p> <p>5. Sorgerechtsachen</p> <p> a) Verfahrenswert 192</p> <p> b) Gebührensätze 195</p> <p>6. Umgangsrecht</p> <p> a) Verfahrenswert 198</p> <p> b) Gebührensätze 199</p> <p>7. Kindesherausgabe 200</p> <p>8. Ehewohnungs- und Haushaltssachen</p> <p> a) Verfahrenswert 201</p> <p> b) Gebührensätze 203</p> <p>9. Gewaltschutzsachen 204</p> <p>VI. Vorläufiger Rechtsschutz</p> <p>1. Einstweilige Anordnung</p> <p> a) Verfahrenswert 205</p> <p> b) Gebührensätze 208</p> <p>2. Vorläufige Anordnungen, einstweilige Verfügungen 216</p> <p>VII. Verbundabrechnung</p> <p>1. Gegenstandswert 218</p> <p>2. Gebührensätze 219</p> <p>3. Verfahrenskostenhilfe 223</p> <p>4. Unechte Abtrennung und Verbindung 224</p> <p>5. Echte Abtrennung und Verbindung 228</p>
---	--

VIII. Rechtsmittel		a) Mandatsübernahme	285
1. Gegenstandswert	233	b) Voraussetzungen	287
2. Gebührensätze	234	c) Beiordnungsbeschluss	292
IX. Einigung		2. Ansprüche gegen eigene Partei	301
1. Vergütungstatbestände	240	3. Differenz zwischen Wahl-anwaltsgebühren und VKH-Gebühren	
2. Einigungsgebühr	241	a) Raten	305
3. Gegenstandswert der Einigung	258	b) Ansprüche gegen den Gegner	307
4. Betriebsgebühr	263	XI. Beratungshilfe	308
5. Gebührensätze	274	XII. Gerichtskosten	316
6. Aussöhnungsgebühr	280		
X. Verfahrenskostenhilfe			
1. Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe	284		

Literaturverzeichnis: *Gerold/Schmidt*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, Kommentar, 19. Aufl. 2010; *Groß*, Anwaltsgebühren in Ehe- und Familiensachen, 1997; *Hartmann*, Kostengesetze, 42. Aufl. 2012; *Hartung/Schons/Enders*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 2011; *Kindermann*, Die Abrechnung in Ehe- und Familiensachen, 2005; *Lappe*, Kosten in Familiensachen, 5. Aufl. 1994; *Madert/Müller-Rabe*, Kostenhandbuch Familiensachen, 2001; *Mayer/Kroiß/Teubel*, Das neue Gebührenrecht, 2004; *Mayer/Kroiß*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 5. Aufl. 2012; *Otto/Klüsener/Killmann*, Die FGG-Reform: Das neue Kostenrecht, 2008; *Riedel/Sußbauer*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 9. Aufl. 2005; *Schneider*, Gebühren in Familiensachen, 2010; *Schneider/Wolf*, AnwaltKommentar RVG, 5. Aufl. 2010; *Teubel/Scheungrab*, Münchener Anwaltshandbuch Vergütungsrecht, 2. Aufl. 2011; *Zimmermann*, Das neue FamFG, 2009.

I. Arbeitshinweise

- Frühzeitig, idR bei Mandatsübernahme, ist zu klären, ob nach den gesetzlichen Gebühren oder aufgrund einer vorbereiteten oder mit dem Mandanten auszuhandelnden Vergütungsvereinbarung abgerechnet werden soll. Geht es erkennbar zunächst um eine Beratung des Mandanten, sollte grundsätzlich eine Gebührenvereinbarung abgeschlossen werden. Die Vereinbarung einer vom Erfolg abhängenden Vergütung in Familiensachen wird sich idR nicht empfehlen.
- Sowohl für die Abrechnung bei einer Stundensatzvergütung wie bei der Abrechnung außergerichtlicher Tätigkeit müssen Art und Umfang der anwaltlichen Tätigkeit dokumentiert werden. Dazu ist es sinnvoll, den zeitlichen Aufwand der anwaltlichen Tätigkeit (Besprechungen, Lektüre, Prüfung der Sach- und Rechtslage, Fertigung von Schreiben und Schriftsätzen, Telefonate) gesondert in einem Abrechnungsbogen festzuhalten. Mit Rücksicht auf die besondere Bedeutung von Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sind besondere Umstände, insbesondere solche, die für eine Schwierigkeit der Tätigkeit sprechen, in der Akte zu vermerken.

3. Die verschiedenen Gegenstände der anwaltlichen Tätigkeit in Familiensachen sind sorgfältig auf einem Abrechnungsbogen zu vermerken. Soweit keine gerichtliche Wertfestsetzung erfolgt, sind in diesen Abrechnungsbogen auch die konkreten Anhaltspunkte für die Wertberechnung oder der errechnete Verfahrenswert aufzunehmen.
4. Auf Vorschüsse ist zu achten, dabei ist auch die Möglichkeit eines Prozesskostenvorschusses durch den Gegner zu prüfen.
5. Gibt es aufgrund von Hinweisen des Mandanten oder aufgrund der bekannten Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Mandanten Anlass, Beratungshilfe oder Verfahrenskostenhilfe zu beantragen, ist das mit dem Mandanten zu erörtern.

II. Problemfelder

	Rn.
Bei Vergütungsvereinbarungen Formvorschriften beachten	16–22
Ansprüche aus Vergütungsvereinbarungen bei vorzeitiger Beendigung	29
Gebührenvereinbarung bei außergerichtlicher Beratung einschließlich Anrechnungsvereinbarung	58–66
Bei gesetzlicher Vergütung: Liegen bei außergerichtlicher Tätigkeit eine oder mehrere Angelegenheiten vor?	46–51
Erste Beratung	79–82
Ausfüllung des Rahmens bei außergerichtlicher Vertretung, Anmerkung zu VV Nr. 2300 (Kappungsgrenze)	86–93a
Ausfüllung des Rahmens bei außergerichtlicher Vertretung, Rahmengebühr und § 14 RVG	94–104
Rahmengebühren § 14 RVG	94–104
Anrechnung von Geschäftsgebühr auf Verfahrensgebühr	105–112
Schadensersatz gegen den Gegner für nicht anrechenbaren Teil der Geschäftsgebühr	113–117
Beim Verfahrenswert der Scheidung auch die Vermögensverhältnisse beachten	124
Isolierter Auftrag auf Rechtsmittelverzicht	137
Wert der isolierten Auskunftsklage	147
Abrechnung nicht in derselben Sache rechtshängiger weiterer Angelegenheiten (Scheidungsfolgenvergleich)	150–157
Verfahrenskostenhilfe bei vereinfachtem Verfahren	163–166

Wert bei Auseinandersetzungen über das gemeinsame Haus einschließlich der Schulden	173–175
Versorgungsausgleich und unterschiedliche Anrechte	178–189
Einstweilige Anordnungen: Eine oder mehrere Angelegenheiten? Gegenstandswert?	207–209
Verbindung und Trennung bei Verbundverfahren	224–232
Einigungswert	258–262
Erstreckung der Verfahrenskostenhilfebewilligung	296–299
Ansprüche gegen eigene Partei und Gegner bei Verfahrenskostenhilfebewilligung	301–307

III. Einführung

1. Wirtschaftliche Gesichtspunkte bei der Bearbeitung von Familiensachen

Bedeutung und Erfolg anwaltlicher Tätigkeit für den Anwalt in Familiensachen werden maßgeblich bestimmt von der Gegenleistung, die der Anwalt für seine Tätigkeit in Familiensachen in Gestalt von Vergütungen erhält. 1

Familiensachen betreffen immer den privaten Bereich der Mandanten. Die vielfach im privaten Bereich schon verminderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Mandanten ist in der Ehekrise häufig noch dadurch eingeschränkt, dass nunmehr durch das Getrenntleben und/oder das Eingehen neuer Beziehungen die Einkünfte und die Rücklagen für die Befriedigung aller Bedürfnisse nicht mehr ausreichen. 2

Rund $\frac{3}{4}$ aller Prozesskostenhilfebewilligungen – nach §§ 76 ff. FamFG nunmehr regelmäßig als Verfahrenskostenhilfe bezeichnet – betreffen Familiensachen¹. Verfahrenshilfengebühren entsprechen nur bis zu einem Gegenstandswert von 3000 Euro den Regelgebühren, in diesem Bereich sind aber auch die Regelgebühren im Durchschnitt nicht kostendeckend. Während die nicht kostendeckenden Gebühren im unteren Gegenstandsbereich is einer Quersubvention durch Regelgebühren bei höheren Gegenstandswerten ausgeglichen werden, vermindert sich dieser Effekt bei den Verfahrenshilfengebühren durch den geringeren Anstieg deutlich, bei 3

1 Nach einer statistischen Auswertung in Baden Württemberg entfielen 74 % der Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren auf Familiensachen, 12 % auf die übrige ordentliche Gerichtsbarkeit und 14 % auf die Sondergerichtsbarkeiten, vor allem die ArbG. Die Prozesskostenhilfe in Familiensachen vor den AG stieg von 1981 bis 2003 bundesweit um rund 175 %. In rund 55 % aller Familiensachen wurde mindestens einer Partei Prozesskostenhilfe bewilligt, vgl. im Einzelnen BR-Drucks. 250/06, 25 f.

Gegenstandswerten über 30 000 Euro steigen die Verfahrenshilfengebühren nicht mehr. Die Gebühren der Beratungshilfe sind ohnehin so niedrig, dass sie idR nicht kostendeckend sind.

Nach dem Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts (2. KostRMoG) sollen ab 2013 die VKH-Gebühren linear um knapp 15 % angehoben werden. Im Rahmen der Beratungshilfe soll durch Aufschläge das Problem der verschiedenen Angelegenheiten in Familiensachen gelöst werden (Nr. 2502 RVG-VV-E). Wie weit der Referentenentwurf umgesetzt wird, bleibt abzuwarten.

- 4 Hinzu kommt, dass Familiensachen häufig arbeitsintensiver sind als andere Sachen, zum einen deswegen, weil Familiensachen regelmäßig in der Entwicklung begriffen sind, also ständig neue Umstände hinzutreten, zum anderen bedürfen die Mandanten, die sich in einer Ehekrise befinden, regelmäßig der besonderen persönlichen Betreuung, auch durch den Anwalt.
- 5 Unter diesen Umständen ist die Rentabilität anwaltlicher Tätigkeit in Familiensachen problematisch.
- 6 Positiv beeinflusst wird die Rentabilität durch die Vergütung für die umfassende einverständliche Regelung der Unterhaltsverpflichtungen und Vermögensauseinandersetzung. Häufig ist das gemeinschaftliche Eigentum an dem Familienwohnhaus auseinander zu setzen. Die in solchen Fällen entstehenden Gebühren sind erheblich, idR wird es nicht erforderlich sein, Verfahrenskostenhilfe oder Beratungshilfe in Anspruch zu nehmen. Zugunsten des wirtschaftlich schwächeren Ehepartners wird in solchen Fällen regelmäßig ein Verfahrenskostenvorschussanspruch bestehen. Wesentlich ist auch die Privilegierung der Einigung über Streitigkeiten, die nicht rechtshängig sind, durch die 1,5-fache Gebühr nach VV Nr. 1000 statt der 1,0-fachen Gebühr nach VV Nr. 1003.

➔ **Praxistipp:**

Auch im Vergütungsinteresse ist es sinnvoll, möglichst schnell und vor Klageerhebung zu einer Vereinbarung über die Scheidungsfolgen zu gelangen.

7–8 Einstweilen frei

- 9 Gerade im Familienrecht hat der Gesetzgeber in der jüngeren Vergangenheit die für die Vergütung maßgeblichen Bestimmungen immer wieder geändert. Mit der Einführung des RVG 2004 ist die bis dahin in der Scheidungssache regelmäßig entstehende Beweisgebühr entfallen, andererseits ist die bis dahin geringere Vergütung in FGG-Verfahren der Vergütung in den ZPO-Verfahren angeglichen worden. Mit dem FamGKG sind neue Gegenstandswerte eingeführt, die Vergütung der Anordnungsverfahren verbessert worden.

Eine durchgreifende Verbesserung der Vergütungssituationen in Familiensachen hat sich dadurch nicht ergeben, ist wohl auch angesichts der durch die Auflösung der wirtschaftlichen Einheit in der Ehe bedingten Mangelsituation bei den jeweiligen Mandanten einerseits, der mangelnden Bereitschaft der öffentlichen Hand angesichts der Haushaltssituation andererseits, hier zugunsten der Anwälte einen Ausgleich zu schaffen, nur äußerst schwierig zu verwirklichen.

2. Vergütungsvereinbarungen

Die Möglichkeiten der **Vergütungsvereinbarung** sollten zur Steigerung der Rentabilität der Tätigkeit in Familiensachen stärker genutzt werden. 10

a) Vereinbarung bei Verfahrenskostenhilfe und Beratungshilfe

Gem. §§ 8 Abs. 2 BerHG, 3a, Abs. 4 RVG sind derartige Vereinbarungen in Beratungshilfesachen unzulässig. 11

In **Verfahrenskostenhilfeangelegenheiten** sind gem. § 3a Abs. 3 RVG Vergütungsvereinbarungen insoweit nichtig, als der beigeordnete Rechtsanwalt für die von der Beordnung erfasste Tätigkeit eine höhere als die gesetzliche Vergütung erhalten soll. Soweit die vereinbarte Vergütung nicht nur die PKH-/Verfahrenskostenhilfegebühr übersteigt, sondern auch die gesetzliche Wahlanwaltsvergütung, kann der Mandant diese zusätzliche Zahlung nach § 3a Abs. 3 S. 2 RVG i.V.m. § 814 BGB nicht zurückverlangen, wenn er in Kenntnis des Umstandes, dass er zu dieser Leistung nicht verpflichtet ist, leistet. Unklar ist die rechtliche Beurteilung von Vergütungsvereinbarungen, die zwar die PKH-/Verfahrenskostenhilfegebühren übersteigen, nicht aber die gesetzlichen Wahlanwaltsvergütungen. Diese werden durch § 3a Abs. 3 RVG nicht berührt. Gleichwohl kann nach Bewilligung der Prozesskostenhilfe/Verfahrenskostenhilfe nach § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO der Anwalt die bedürftige Partei nicht in Anspruch nehmen. Ob durch eine entsprechende Vergütungsvereinbarung sich der Mandant dieses Schutzes begibt, ist streitig¹. 12

Keine Beschränkung hinsichtlich der Vereinbarung und Durchsetzung einer Vergütungsvereinbarung in Verfahrenskostenhilfesachen gilt dann, wenn für bestimmte Teile des Rechtsstreites die Verfahrenskostenhilfe abgelehnt oder später aufgehoben wird oder die Vereinbarung Tätigkeiten betrifft, die vor der Beordnung ausgeführt worden sind und die Beordnung auch nicht rückwirkend für diese Tätigkeiten angeordnet wird². 13

Im Übrigen sind Vergütungsvereinbarungen aber ein geeignetes Mittel, um eine aufwandsgerechte Bezahlung sicherzustellen. 14

1 Vgl. im Einzelnen *Schneider*, AGS 2009, II f.

2 Vgl. im Einzelnen BRAK, Thesen zu Vergütungsvereinbarungen, 2006, S. 38.

b) Wirksamkeit von Vergütungsvereinbarungen

- 15 Nach § 49b BRAO dürfen **geringere** Gebühren nur vereinbart und gefordert werden, soweit das RVG dies zulässt.
- 16 § 4 Abs. 1 RVG lässt dies in **außergerichtlichen** Angelegenheiten sowie unter den engeren Voraussetzungen von § 4 Abs. 2 RVG auch im gerichtlichen Mahnverfahren und im Zwangsvollstreckungsverfahren zu, wenn die vereinbarte Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko des Rechtsanwalts stehen.

➔ Praxistipp:

Soweit eine Vergütungsvereinbarung auch die gerichtliche Tätigkeit betrifft, etwa eine Zeitvergütung oder eine Pauschalvergütung für die gesamte Scheidungsangelegenheit, muss vereinbart werden, dass **mindestens die gesetzlichen Gebühren** geschuldet werden.

➔ Wichtig:

Übersteigen die vereinbarten Vergütungen **die gesetzliche Vergütung**, stellt § 3a Abs. 1 RVG besondere Anforderungen:

- die Vereinbarung bedarf der Textform,
 - sie darf nicht in der Vollmacht enthalten sein,
 - sie muss als Vergütungsvereinbarung oder in vergleichbarer Weise bezeichnet werden,
 - sie muss von anderen Vereinbarungen mit Ausnahme der Auftragserteilung deutlich abgesetzt sein,
 - sie muss den Hinweis enthalten, dass die gegnerische Partei, ein Verfahrensbeteiligter oder die Staatskasse im Falle der Kostenerstattung regelmäßig nicht mehr als die gesetzliche Vergütung erstatten muss.
- 17 Es ist zulässig, in die Vergütungsvereinbarung auch anderweitige Vereinbarungen, etwa zur Haftungsbeschränkung oder zur Aufbewahrungsfrist für Handakten oder zur Abtretung von Kostenerstattungsansprüchen aufzunehmen. Zu beachten ist, dass Gerichtsstandsvereinbarungen – sowohl hinsichtlich der Vergütungsklage, als auch der Klage gegen einen Anwalt – in Familiensachen praktisch unzulässig sind, weil nur mit im Ausland ansässigen Unternehmern möglich.
- 18 Derartige sonstige Vereinbarungen sind von der Vergütungsvereinbarung **deutlich abzusetzen**.

➔ Praxistipp:

Empfehlenswert ist die Überschrift „sonstige Vereinbarung“ oder ein deutlicher Trennungsstrich.

Nachdem der BGH¹ entschieden hatte, dass auch der Auftragsauftrag selbst zu den „sonstigen Vereinbarungen“ gehört, hat der Gesetzgeber geklärt, dass die Auftragserteilung von der Vergütungsvereinbarung nicht abgesetzt sein muss, der Umfang der Beauftragung kann also in die Vergütungsvereinbarung aufgenommen werden. 19

Dagegen ist zweifelhaft, ob Regelungen über die Folgen verspäteter Zahlung, Verzug, Verzugsschaden und Aufklärung über Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe auch schon zu den sonstigen Vereinbarungen gehören² oder ob es sich um eine nähere Ausgestaltung der Vergütungsvereinbarung handelt. 20

Ein gesonderter Hinweis darauf, dass die vereinbarte Vergütung die gesetzliche Vergütung übersteigt, ist nach wie vor nicht erforderlich, es sei denn, der Mandant fragt nach der Höhe der gesetzlichen Vergütung oder er macht sich objektiv falsche Vorstellungen über die gesetzliche Vergütungspflicht³. Dagegen ist zwingend notwendig der Hinweis darauf, dass die gegnerische Partei, ein Verfahrensbeteiligter oder die Staatskasse im Falle der Kostenerstattung regelmäßig nicht mehr als die gesetzliche Vergütung erstatten muss (§ 3a Abs. 1 S. 2 RVG). 21

Die **Folgen der Nichteinhaltung der Formvorschrift** sind in § 4b RVG geregelt. Wenn die Formvorschriften nicht eingehalten sind, kann der Rechtsanwalt keine höhere als die gesetzliche Vergütung fordern. Allerdings stellt § 4b S. 2 RVG klar, dass in einem solchen Fall naturgemäß auch § 814 BGB gilt, dh. eine Rückforderung des zu viel Gezahlten scheidet aus, denn der Mandant weiß, dass er nicht verpflichtet ist, auf die formunwirksame Vergütungsvereinbarung zu zahlen. 22

c) Angemessenheitsprüfung

Eine **unangemessen hohe vereinbarte Vergütung** kann im Streitfall vom Gericht nach § 3a Abs. 2 nach vorheriger Einholung eines Gutachtens des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. 23

Dabei ist zu berücksichtigen, dass anwaltliche Vergütungsvereinbarungen im Hinblick auf die Verfassungsgarantie der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) in ihrer Rechtswirksamkeit nicht ohne zureichenden Sachgrund beschnitten werden dürfen⁴ und im Einzelfall in Anbetracht des Umfangs der anwaltlichen Tätigkeit und einer besonderen Schwierigkeit der Angelegenheit die gesetzliche Vergütung kein Äquivalent für die anwaltliche Leistung sein kann⁵. Danach ist eine Herabsetzung nur zu-

1 BGH v. 8.6.2004 – IX ZR 119/03, FamRZ 2004, 1557 = NJW 2004, 2818.

2 So OLG Düsseldorf v. 19.7.2007 – I-24 U 46/06, FamRZ 2008, 622.

3 OLG Düsseldorf v. 19.7.2007 – I-24 U 46/06, FamRZ 2008, 622.

4 BGH v. 24.7.2003 – IX ZR 131/00, FamRZ 2003, 1642.

5 BGH v. 15.5.1997 – IX ZR 167/96, NJW 1997, 2388 (2389).

lässig, wenn es unter Berücksichtigung aller Umstände unerträglich und mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbar wäre, den Auftraggeber an seinem Honorarversprechen festzuhalten¹.

- 25 Der BGH hat in seiner Entscheidung v. 27.1.2005² versucht, der Praxis grundsätzliche Vorgaben an die Hand zu geben, wonach bei streitwertabhängigen Gebühren das vereinbarte Honorar dann unangemessen hoch ist, wenn es sich zum einen um einen hohen Streitwert handelt, zum anderen die gesetzlichen Gebühren um mehr als das Fünffache überstiegen werden.
- 26 Diese – vor allem für die Strafverteidigung – äußerst umstrittene Rechtsprechung, die nach BVerfG v. 15.6.2009 – 1 BvR 1342/07³ verfassungswidrig ist, dürfte für Familiensachen nur geringe Bedeutung haben. Denn hohe Streitwerte bedeuten nach den vom BGH bisher entschiedenen Fällen Streitwerte im hohen sechsstelligen Bereich⁴.
- 27 Selbst wenn bei hohem Vermögen auch in Familiensachen Streitwerte von mehr als 500 000 Euro möglich sind, erscheint eine Begrenzung auf das Fünffache der gesetzlichen Gebühren in solchen Fällen erträglich. Problematisch ist diese Rechtsprechung allerdings wiederum bei Gegenstandswerten von mehr als 30 Mio. Euro, weil dann die gesetzliche Streitwertbegrenzung für die Gebührenberechnung in § 22 Abs. 2 RVG greift. Würde man die Rechtsprechung des BGH auch für diese Fälle anwenden, würde etwa bei einem Gegenstandswert von 200 Mio. Euro das Fünffache der derzeitigen gesetzlichen Gebühren unter den Gebühren liegen, die nach BRAGO für derartige Mandate bis zum 30.6.2004 berechnet werden durfte, weil es damals die Streitwertbegrenzung noch nicht gab. Die gesetzlichen Gebühren bei sehr hohen Streitwerten nach BRAGO mögen sehr hoch gewesen sein, sicherlich aber nicht unangemessen hoch.
- 27a Das BVerfG hat in seinem Beschluss v. 15.6.2009 die Auffassung des BGH zur Vermutung der Unangemessenheit bei Überschreiten der gesetzlichen Gebühr um mehr als das 5-fache für verfassungswidrig erachtet und die Sache an das Landesgericht zurückverwiesen. Die Fachgerichtsrechtsprechung müsse den Schutz des Anwalts nach Art. 12 Abs. 1 GG berücksichtigen, es gebe keine Vermutung der Unangemessenheit bei bestimmten Honorargrenzen, insbesondere dürfte die Wirksamkeit der vereinbarten Vergütung nicht, wie vom BGH angenommen, von überzogenen Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Welche Grenzen die Rechtsprechung nunmehr zieht, bleibt abzuwarten. Bei Zeithonorar wird vornehmlich, wie das BVerfG meint, auf die Angemessenheit des ausgehandelten Stundensatzes und der Bearbeitungszeit abgestellt werden.

1 Gerold/Schmidt/Mayer § 3a Rn. 22; OLG Hamm v. 18.6.2002 – 28 U 3/02, JurBüro 2002, 638.

2 BGH v. 27.1.2005 – IX ZR 273/02, NJW 2005, 2142.

3 BVerfG v. 15.6.2009 – 1 BvR 1342/07, AnwBl. 2009, 650.

4 BRAK Thesen zu Vergütungsvereinbarungen S. 28.

Im Anschluss an das BVerfG hat der BGH¹ die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Angemessenheitsprüfung neu geordnet: Der Anwalt muss seinen Arbeitsaufwand substantiiert darlegen. Alsdann wird überprüft, ob die nachgewiesenen Stunden in einem angemessenen Verhältnis zu Umfang und Schwierigkeit der Sache stehen. Schließlich wird die Angemessenheit des vereinbarten Stundensatzes überprüft. 27b

d) AGB-Regelungen

Bei der Formulierung von Vergütungsvereinbarungen ist darauf zu achten, dass Vergütungsvereinbarungen im Familienrecht regelmäßig **Verbraucherverträge** i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB sind, weil in Familiensachen der Anwaltsvertrag grundsätzlich zu einem Zweck abgeschlossen wird, der weder der gewerblichen noch der selbständigen beruflichen Tätigkeit einer natürlichen Person zugerechnet werden kann (§ 13 BGB), und der Anwalt bei Abschluss der Vergütungsvereinbarung in Ausübung seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (§ 14 BGB). Das bedeutet, dass die AGB-rechtlichen Vorschriften, §§ 305c ff. BGB, schon dann anzuwenden sind, wenn sie vom Anwalt nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, wobei vermutet wird, dass sie vom Anwalt gestellt sind. Änderungen der gesetzlichen Beweislast – etwa bei der Abrechnung von Stunden – sind grundsätzlich nach § 309 Nr. 12 BGB unzulässig. In Anlehnung an die Rechtsprechung zu vergleichbaren dispositiven Vergütungsregelungen der Ärzte, Zahnärzte und Architekten wird schon die Höhe der vereinbarten Vergütung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegen², so dass es darauf ankommt, ob die Vergütungsvereinbarung von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung so weit abweicht, dass sie damit nicht mehr zu vereinbaren ist und darüber hinaus dadurch der Mandant entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligt wird. Daher sollten sachliche Gründe für eine vom Gesetz abweichende Vergütungsvereinbarung vorliegen. 28

e) Vorzeitige Beendigung des Mandats

Bei vorzeitiger Beendigung des Mandats ist § 628 Abs. 1 S. 1 BGB zu beachten. Bevor eine vereinbarte Vergütung wegen Unangemessenheit nach § 3a Abs. 2 RVG bei vorzeitiger Erledigung herabgesetzt wird, ist zu prüfen, welcher Teil des vereinbarten Honorars dem Rechtsanwalt gem. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB für die bisher geleisteten Dienste zusteht, wobei eine Aufteilung der gesamten vereinbarten anwaltlichen Tätigkeit bei vollständiger Ausführung des Mandats im Vergleich zu dem Teil, der bereits von dem Anwalt erledigt worden ist, zu erfolgen hat³. 29

1 BGH v. 4.2.2010 – IX ZR 18/09, AnwBl. 2010, 362.

2 Vgl. Mayer/Kroiß/Teubel § 3a Rn. 104 ff.

3 BGH v. 16.10.1986 – III ZR 67/85, NJW 1987, 315; BGH v. 27.1.2005 – IX ZR 273/02, NJW 2005, 2143; Mayer/Kroiß/Teubel § 3a Rn. 175 ff.

f) Erfolgshonorar

- 30 Im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG v. 12.12.2006¹ ist seit dem 1.7.2008 in **Ausnahmefällen** die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zulässig.
- 31 Überlegungen, den Bereich des Familienrechts insgesamt von der Möglichkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars auszunehmen, haben sich nicht durchgesetzt, insbesondere deswegen, weil Fälle denkbar sind – zB im Rahmen des Zugewinnausgleichs – in denen die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nicht von vornherein anstößig erscheint. Es ist nunmehr im Einzelfall zu klären, ob etwa die Vereinbarung einer besonderen Vergütung für den Fall, dass es gelingt, der Mutter das Kind wegzunehmen, sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB oder unangemessen i.S.d. § 3a Abs. 2 RVG ist. Im Übrigen gelten die allgemeinen Voraussetzungen für die wirksame Vereinbarung eines Erfolgshonorars nach § 4a RVG.
- 32 Danach darf das Erfolgshonorar für den **Einzelfall** vereinbart werden, dh. es ist unzulässig, damit zu werben und zu vereinbaren, alle anfallenden Familienrechtssachen auf Erfolgshonorarbasis zu übernehmen.
- 33 Weitere Voraussetzung ist es, dass der Auftraggeber **aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten** würde. Mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Verfahrenskostenhilfe wird an dieser Voraussetzung die Vereinbarung eines Erfolgshonorars in Familiensachen regelmäßig scheitern. Denkbar wäre aber zB der Fall, dass eine Ehefrau bei knappen, aber die Inanspruchnahme der Verfahrenskostenhilfe noch nicht rechtfertigenden wirtschaftlichen Verhältnissen sich scheut, ihre Zugewinnausgleichsansprüche durchzusetzen, weil sie bei Verlust des Rechtsstreites ihre letzten Rücklagen verlöre. In einem solchen Fall könnte ein Erfolgshonorar vereinbart werden.
- 34 Gem. § 4a Abs. 1 S. 2 RVG muss zur Aufrechterhaltung der gesetzlichen Mindestvergütung in gerichtlichen Verfahren vereinbart werden, dass dann, wenn im Misserfolgsfall sich die Vergütung vermindert, im Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung vereinbart wird.
- 35 In die Vereinbarung muss gem. § 4a Abs. 2 RVG die voraussichtliche gesetzliche Vergütung aufgenommen werden und ebenso die Angabe, welche Vergütung bei Eintritt welcher Bedingung verdient sein soll. Es muss also die Bedingung aufgezeigt werden – Prozesserfolg? Teilerfolg? Beitreibung der Klagesumme? – die für das Erfolgshonorar maßgeblich ist. Diese Voraussetzung wird am leichtesten erfüllt, wenn eine Beteiligung am erstrittenen Betrag (quota litis) vereinbart wird.

1 BVerfG v. 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, FamRZ 2007, 615.

Nach § 4a Abs. 3 S. 1 RVG sind in die Vereinbarung die wesentlichen Gründe anzugeben, die für die Bemessung des Erfolgshonorars bestimmend sind. Dazu bedarf es nicht einer Schätzung der Erfolgsaussichten, wohl aber einer kurzen Schilderung der Situation, die zu der Vereinbarung geführt hat. 36

Schließlich ist ein Hinweis aufzunehmen, dass die Vereinbarung keinen Einfluss auf die ggf. vom Auftraggeber zu zahlenden Gerichtskosten, Verwaltungskosten und die von ihm zu erstattenden Kosten anderer Beteiligter hat. Die Übernahme derartiger Kosten durch den Rechtsanwalt ist nach § 49b BRAO unzulässig. 37

3. Besonderheiten bei der Berechnung der gesetzlichen Vergütung

a) Gegenstandswert

Nach § 23 Abs. 1 RVG richtet sich der Gegenstandswert grundsätzlich nach den für die Gerichtsgebühren geltenden Wertvorschriften. Bei bezifferten Klagen ist nach § 35 FamGKG (außerhalb des Familienrechts § 48 Abs. 1 S. 1 GKG) grundsätzlich die Höhe der Geldforderung maßgeblich, und zwar ohne Zinsen (§ 37 FamGKG). In Familiensachen gibt es zwei wesentliche Besonderheiten: Zum einen die Wertfestsetzung bei unbezifferten Anträgen, zum anderen gesetzliche Wertvorschriften bei dauerhaften, zukünftigen Leistungen. 38

Unbezifferte Gegenstandswerte sind vor allem der Wert der Ehesache, geregelt in § 43 FamGKG und der Wert der Kindschaftssachen, geregelt in §§ 45 und 46 FamGKG, teilweise unter Verweisung auf die KostO. In Verbandsachen gilt für Kindschaftssachen § 44 Abs. 2 FamGKG mit einer Erhöhung des Verfahrenswerts der im Verbund verfolgten Ehesache um 20 %, höchstens 3000 Euro. 39

Hinsichtlich der Ehewohnung und der Haushaltsgegenstände gilt § 48 FamGKG. 40

Für Unterhalt gilt gem. § 51 FamGKG regelmäßig der gegenüber dem tatsächlichen Wert geringere Jahreswert, für den Versorgungsausgleich sind in § 50 FamGKG neue an das letzte Nettoeinkommen der Ehegatten gebundene Pauschalen vorgesehen¹. 41

b) Dieselbe Angelegenheit

Typisch für Familiensachen ist die gleichzeitige Bearbeitung und Erledigung mehrerer Probleme der Mandanten, zB Scheidung, Kindesunterhalt, Zugewinnausgleich. Für die Gebührenberechnung ist nach § 15 RVG ent- 42

¹ Für bis zum 1.9.2009 begonnene Angelegenheiten gilt § 49 GKG – damit übereinstimmend die ursprüngliche Fassung von § 50 FamGKG – mit pauschalen Wertansätzen von 1000 Euro bzw. im Höchstfall 2000 Euro.

scheidend, ob es sich dabei um **dieselbe Angelegenheit** handelt; denn die Gebühren entgelten grundsätzlich die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts vom Auftrag bis zur Erledigung der Angelegenheit, der Rechtsanwalt kann die Gebühren in derselben Angelegenheit nur einmal fordern.

- 43 Die Bestimmung der Angelegenheit i.S.d. § 15 RVG ist unproblematisch, soweit es sich um gerichtliche Verfahren handelt; denn jedes gerichtliche Verfahren ist in jedem Rechtszug eine gesonderte Angelegenheit (§ 15 Abs. 2 S. 2 RVG).
- 44 Problematisch ist die Bestimmung „derselben Angelegenheit“ im außergerichtlichen Bereich. Maßgeblich ist der Inhalt des Auftrags, wobei Kriterien der einheitliche Auftrag, der äußere Rahmen der Erledigung durch den Anwalt und die innerliche Zusammengehörigkeit sind¹.
- 45 § 16 Nr. 4 RVG, wonach die **Folgesachen** mit der **Scheidungssache eine Angelegenheit** bilden, gilt unmittelbar nur für rechtshängige Verbund-sachen, im außergerichtlichen Bereich ist es regelmäßig noch offen, ob aus den einheitlich bearbeiteten Sachen später einmal eine Verbundangelegenheit wird.
- 46 Anhand der zu § 15 RVG aufgestellten Kriterien ist im Einzelfall zu differenzieren².
- In Familiensachen besteht häufig ein **einheitlicher Auftrag**, zwischen den einzelnen Gegenständen ist auch ein innerer Zusammenhang anzunehmen. Unterschiedlich ist aber nicht selten der Rahmen der Tätigkeit.
 - Soweit der Anwalt ausschließlich berät – die Mandantin lässt sich umfassend über die Voraussetzung der Scheidung und die mit der Scheidung verbundenen Unterhalts- und Güterrechtsfolgen beraten –, wird ein **einheitlicher Rahmen** der Tätigkeit zu bejahen sein³.
 - Wird der Anwalt dann nach außen hin tätig, kann berücksichtigt werden, dass im Fall des Scheiterns der außergerichtlichen Verhandlungen **unterschiedliche Prozesse** zu führen sind. Dies hat dann auch Auswirkungen auf die Entscheidung der Frage, ob im außergerichtlichen Mandat eine oder mehrere Angelegenheiten vorliegen⁴.

1 BGH v. 4.5.1972 – III ZR 27/70, JurBüro 72, 684; BGH v. 5.4.1976 – III ZR 95/74, JurBüro 1976, 749; *Gerold/Schmidt/von Eicken/Mayer* § 15 Rn. 5 ff.

2 Vgl. im Einzelnen die instruktive Entscheidung LG Neuruppin v. 5.12.2002 – 5 T 309/02, FamRZ 2004, 41 f. sowie AG Brandenburg v. 24.11.2005 – 51 II 1060/05, FamRZ 2006, 638.

3 So generell auch OLG Nürnberg v. 30.3.2004 – 7 WF 719/04, FamRZ 2005, 740 = FamRB 2005, 12.

4 LG Neuruppin v. 5.12.2002 – 5 T 309/02, FamRZ 2004, 41.

- So wird eine Angelegenheit anzunehmen sein, wenn das außergerichtliche Mandat darauf gerichtet ist, eine **Gesamtregelung** aller Trennungs- und Scheidungsfolgen zu finden¹.
- Ist es dagegen Aufgabe des Anwalts, zum einen den Kindesunterhalt zu regeln, zum anderen eine Lösung für das Umgangsrecht zu finden, ist der gemeinsame Rahmen zweifelhaft. Denn im Falle des Scheiterns der außergerichtlichen Bemühungen käme es zu zwei selbständigen Verfahren, einmal dem Umgangsrechtsverfahren nach § 151 FamFG, zum anderen der selbständigen Familienstreitsache über den Kindesunterhalt nach §§ 231, 112 Ziff. 1 FamFG. Regelmäßig gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass beide Gegenstände als Folgesachen im Scheidungsverbund geltend gemacht werden, schon deswegen nicht, weil der Kindesunterhalt auch für die Zeit des Getrenntlebens verlangt wird².

Als zwei Angelegenheiten wurde auch die Regelung von Unterhaltsansprüchen einerseits, Aufenthaltsbestimmungsrecht andererseits angesehen, es handelt sich um unterschiedliche Parteien, unterschiedliche Verfahren und keine Zusammenfassung im Verbund³. Auch nach FamFG hat sich daran nichts geändert, soweit nicht alle Streitfragen im Rahmen einer Folgesache nach § 137 Abs. 3 FamFG geregelt werden sollen.

Besonders in Beratungshilfeangelegenheiten war die Rechtsprechung bei der Annahme mehrerer Angelegenheiten bei familienrechtlicher Beratung äußerst restriktiv. Regelmäßig gingen die Rechtspfleger, gedeckt durch entsprechende Entscheidungen im Erinnerungsverfahren durch dasselbe Amtsgericht davon aus, dass die außergerichtliche Beratung in Scheidungs- und dazugehörigen Folgesachen grundsätzlich nur eine Angelegenheit darstellt. Das ist in mehreren Entscheidungen des Oberlandesgerichts Köln⁴, Oberlandesgerichts Düsseldorf⁵ und Oberlandesgerichts Frankfurt⁶ beanstandet worden. Verneint wird der innere Zusammenhang. Weder bei Trennungs- noch bei Scheidungsfolgesachen reicht es aus, dass die verschiedenen Folgen ihren gemeinsamen Grund in der Trennung bzw. der Scheidung der Eheleute haben. Verwiesen wird auf § 16 Nr. 4 RVG, der überflüssig wäre, wenn sich das Vorliegen einer einzigen Angelegenheit bereits daraus ergäbe, dass die verschiedenen Gegen-

1 LG Neuruppin v. 5.12.2002 – 5 T 309/02, FamRZ 2004, 41, aA wohl AG Brandenburg v. 24.11.2005 – 51 II 1060/05, FamRZ 2006, 638.

2 LG Neuruppin v. 5.12.2002 – 5 T 309/02, FamRZ 2004, 41, AG Brandenburg v. 24.11.2005 – 51 II 1060/05, FamRZ 2006, 638; so im Ergebnis auch für Beratungshilfe: LG Düsseldorf v. 10.1.2007 – 19 T 361/06, FamRZ 2007, 1113.

3 OLG Rostock v. 7.8.2007 – 10 WF 154/07, FamRZ 2008, 626.

4 OLG Köln v. 9.2.2009 – 16 Wx 252/08, FamRZ 2009, 1345.

5 OLG Düsseldorf v. 14.10.2008 – II-10 WF 13/08, FamRZ 2009, 713 und OLG Düsseldorf v. 14.10.2008 – I-10 W 85/08, FamRZ 2009, 1244.

6 OLG Frankfurt v. 12.8.2009 – 20 W 197/09, FamRZ 2010, 230; LG Gießen v. 10.7.2009 – 7 T 101/09, FamRZ 2010, 400 ff.; differenzierend, aber wohl unrichtig OLG Brandenburg v. 29.9.2009 – 6 W 105/08, FamRZ 2010, 833 ff. und OLG Brandenburg v. 29.9.2009 – 6 W 76/08, FamRZ 2010, 1187 = FamRB 2010, 113.

stände ihren Ursprung in dem einheitlichen Lebenssachverhalt des Scheiterns der Ehe hätten. Im Übrigen betreffe § 16 Nr. 4 RVG nur das gerichtliche Verbundverfahren, für die außergerichtliche Tätigkeit fehle eine entsprechende Vorschrift, die aber jedenfalls bei Inkrafttreten des RVG angesichts der kontroversen Diskussion erforderlich gewesen wäre. Anderenfalls müsse nach den Vorgaben des BVerfG ansonsten geprüft werden, ob es im Einzelfall vertretbar sei, den Anwalt mit nur einmaligen Gebühren der Beratungshilfe zu vergüten. Das sei eine unzumutbare Belastung der Rechtsprechung.

- 47b Zwischenzeitlich hat die Rechtsprechung für die außergerichtliche Beratung und Vertretung weiter differenziert. Die Rechtsverhältnisse innerhalb der Trennungszeit und nach der Scheidung sind zwei selbständige Angelegenheiten. Unterhaltssachen und Umgangssachen sind zwei selbständige, im Übrigen von der Scheidung zu trennende Angelegenheiten. Wird dagegen im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung für das gemeinsame Haus gestritten, das gleichzeitig die Wohnung darstellt, sind die Vermögensauseinandersetzung und die Regelung der Ehwohnung eine Angelegenheit¹.
- 47c Die Beratung über Auskunft für einen Unterhaltsanspruch und Auskunft wegen eines Anspruchs auf Zugewinnausgleich betrifft zwei gesondert zu vergütende Angelegenheiten².

➔ **Praxistipp:**

Mit Rücksicht auf die Degression der Gebührentabelle ist die Frage, ob eine oder mehrere Angelegenheiten vorliegen, von erheblicher Bedeutung. Liegen zwei Angelegenheiten mit einem Gegenstandswert von je 4000 Euro vor und entsteht die 1,3-fache Geschäftsgebühr, können zweimal netto 318,50 Euro, insgesamt also 637 Euro berechnet werden (jeweils mit gesonderten Auslagenpauschalen), während bei einer Angelegenheit mit einem Gegenstandswert von 8000 Euro die 1,3-fache Gebühr nur 535,60 Euro (zzgl. einer Auslagenpauschale) beträgt. Da ein Kriterium für die Unterscheidung „eine“ oder „mehrere“ Angelegenheiten der Inhalt des Auftrags ist, kann schon im Auftrag (Mandatsbestätigungsschreiben, Vollmacht oder Ähnliches) klargestellt werden, ob ein einheitlicher Auftrag vorliegt oder nicht; auch die gesonderte Aktenführung, einschließlich der Vergabe mehrerer Prozessregisternummern, ist Indiz für die Zahl der Angelegenheiten.

- 48 Eine andere Angelegenheit liegt vor, wenn Dritte einbezogen werden, es etwa um die Rückzahlung eines Darlehens der Schwiegereltern oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit der Scheidung geht.

1 OLG Rostock v. 29.11.2010 – 10 WF 124/10, FamRZ 2011, 834.

2 AG Darmstadt v. 10.3.2010 – 3 UR II 1973/09 und 3 UR II 1974/09, FamRZ 2011, 137.

Gegen Entscheidungen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle über die Höhe der Beratungshilfevergütung ist die Erinnerung, über die der Richter am Amtsgericht entscheidet, zulässig. Dagegen kann die Beschwerde zugelassen werden, für deren Entscheidung das Landesgericht (und nicht das Oberlandesgericht) zuständig ist¹.

Nach dem Referentenentwurf zum 2. KostRMoG soll die Problematik gesetzlich geregelt werden. Verschiedene Angelegenheiten in Beratungshilfe-Angelegenheiten sollen nicht allein deshalb angenommen werden, weil es einerseits um Fragen im Zusammenhang der Trennungszeit, andererseits um Fragen der Scheidung und deren Folgesachen geht. Da dann die Gebühren dem anwaltlichen Aufwand nicht mehr ausreichend Rechnung tragen, wird eine Verbesserung der Beratungshilfegebühren insofern vorgeschlagen, als dass in den Fällen, in denen von der gerichtlichen Praxis eine einheitliche Angelegenheit angenommen wird, sich die Beratungshilfegebühr für jede weitere Familiensache um 10 Euro erhöht (Nr. 2502 RVG-VV-E). 48a

Für einige **Sonderfälle** regelt das RVG ausdrücklich, ob eine oder mehrere Angelegenheiten vorliegen: 49

- Mehrere Prozesskostenhilfe-/Verfahrenskostenhilfverfahren im selben Rechtszug und das Prozesskostenhilfe-/Verfahrenskostenhilfverfahren und das Hauptsacheverfahren selbst sind **dieselbe Angelegenheit** (§ 16 Nr. 2 und 3 RVG).
- Scheidungssache und Verfahren über die Aufhebung der Lebenspartnerschaft und die dazugehörigen Folgesachen sind **dieselbe Angelegenheit** (§ 16 Nr. 4 und 5 RVG). Das FamRG hat die einstweiligen oder vorläufigen Anordnungen strikt vom Hauptsacheverfahren getrennt. Es gilt nicht mehr die Zusammenfassung von Hauptsacheverfahren und Anordnungsverfahren nach § 16 Nr. 6 RVG aF, sondern Hauptsacheverfahren und Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sowie Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen Anordnung sind nach § 17 Nr. 4b und d RVG verschiedene Angelegenheiten.

Ausdrücklich als **verschiedene Angelegenheiten** sind geregelt 50

- das vereinfachte Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger und das streitige Verfahren (§ 17 Nr. 3 RVG),
- Hauptsacheverfahren und Verfahren auf Erlass einer einstweiligen oder vorläufigen Anordnung nebst den Anträgen auf Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen oder vorläufigen Anordnung (§ 17 Nr. 4 RVG).

Während gem. § 18 Nr. 1 und 2 RVG aF mehrere einstweilige und vorläufige Anordnungen in Familiensachen als eine vergütungsrechtliche Angelegenheit zusammengefasst waren, ist diese Vorschrift durch die Neu- 51

¹ OLG Köln v. 11.10.2010 – 17 W 141/10, FamRZ 2011, 919.

regelung mit Wirkung ab 1.9.2009 entfallen. Die Anordnungsverfahren beziehen sich nicht mehr auf eine bestimmte Hauptsache, sondern ergehen grundsätzlich in selbständigen Verfahren. Daraus folgt, dass diese verselbständigten Verfahren jeweils eine eigene Angelegenheit bilden¹.

- 52 In **zeitlicher Hinsicht** ist § 15 Abs. 5 RVG zu beachten: Ist der erste Auftrag beendet und wird der Anwalt in derselben Angelegenheit noch einmal beauftragt, entstehen grundsätzlich keine neuen Gebühren. Eine neue Angelegenheit liegt nur dann vor, wenn zwischen der Erledigung des ersten Auftrags und dem neuen Auftrag **zwei Kalenderjahre** liegen, wobei aber die jährliche Neuberechnung einer Unterhaltsrente gerade nicht dieselbe Angelegenheit betrifft, sondern jeweils eine neue Angelegenheit anzunehmen ist².
- 53 Werden verschiedene Gegenstände im Rahmen einer einheitlichen Angelegenheit erledigt, etwa im Rahmen eines Verbundverfahrens oder im Rahmen eines Scheidungsfolgenvergleichs, sind nicht selten für die einzelnen Teilgegenstände unterschiedliche Gebühren anzuwenden, so bei der Verfahrensgebühr, wenn vor Gericht Verhandlungen zur Einigung über rechtshängige und nicht rechtshängige Ansprüche geführt werden – teilweise 1,3-fache Verfahrensgebühr nach VV Nr. 3100, teilweise 0,8-fache Verfahrensgebühr nach VV Nr. 3101 Nr. 2 – und Einigungsgebühr, soweit über den Gegenstand kein gerichtliches Verfahren anhängig ist – 1,5-fache Einigungsgebühr nach VV Nr. 1000 – und über Gegenstände, die rechtshängig sind – 1,0-fache Einigungsgebühr nach VV Nr. 1003. In allen diesen Fällen hat die Berechnung nach § 15 Abs. 3 RVG zu erfolgen, dh. es sind für die Teile gesondert berechnete Gebühren nach den unterschiedlichen Gebührensätzen zu berechnen, aber nicht mehr als die nach dem höchsten Gebührensatz berechnete Gebühr aus dem Gesamtbetrag der Wertteile.

Beispiel:

Unterhaltsansprüche mit einem Gegenstandswert von 12 000 Euro sind rechtshängig.

Im Termin werden neben den Unterhaltsansprüchen auch die Zugewinnausgleichsansprüche mit einem Gegenstandswert von 6000 Euro erörtert und mitverglichen:

1,3-fache Verfahrensgebühr VV Nr. 3100 Unterhalt	
Wert: 12 000 Euro	683,80 Euro
0,8-fache Verfahrensgebühr VV Nr. 3101 Zugewinnausgleich	
Wert: 6000 Euro	<u>270,40 Euro</u>
Summe:	954,20 Euro
Gem. § 15 Abs. 3 nicht mehr als 1,3-fache Gebühr nach	
18 000 Euro	787,80 Euro
Also anzusetzen	787,80 Euro

1 BT-Drucks. 16/6308, 339 f.

2 OLG Hamm v. 27.3.2000 – 3 U 212/99, AGS 2000, 218.

1,5-fache Einigungsgebühr VV Nr. 1000 Zugewinnausgleich	
Wert: 6000 Euro	507 Euro
1,0-fache Einigungsgebühr VV Nr. 1003 Unterhalt	
Wert: 12 000 Euro	<u>526 Euro</u>
Summe:	<u>1033 Euro</u>
Gem. § 15 Abs. 3 nicht mehr als 1,5-fache Gebühr nach 18 000 Euro	909 Euro

c) Verbundverfahren

Die früher unterschiedliche vergütungsrechtliche Abrechnung von ZPO und FGG-Verfahren ist schon durch das RVG entfallen. Zu beachten sind die Folgen von Verfahrenstrennungen nach § 140 FamFG. Gem. § 137 Abs. 5 S. 1 FamFG bleiben die Folgesachen mit Ausnahme der Kindschaftssachen auch nach Abtrennung Folgesachen, bilden also eine vergütungsrechtliche Angelegenheit. Dagegen werden die Kindschaftssachen nach § 137 Abs. 3 FamFG nach Abtrennung selbständige Verfahren (§ 137 Abs. 5 S. 2 FamFG) mit der Folge der Möglichkeit getrennter Abrechnung. 54

IV. Außergerichtliche Tätigkeit

1. Beratung, § 34 RVG

a) Gesetzliche Regelung

Für die Beratung (und für die Ausarbeitung eines schriftlichen Gutachtens und für die Tätigkeit als Mediator) soll der Rechtsanwalt auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken. Wenn keine Vereinbarung getroffen worden ist, erhält der Rechtsanwalt Gebühren nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, wobei dann, wenn der Auftraggeber Verbraucher ist, die Gebühr für die Beratung (und für die Ausarbeitung eines schriftlichen Gutachtens) höchstens 250 Euro beträgt. Hinsichtlich des ersten Beratungsgesprächs bleibt es bei der Gebühr von höchstens 190 Euro. 55

➔ Praxistipp:

Diese Regelung gilt nur für die **außergerichtliche Beratung**, nicht etwa für die außergerichtliche Vertretung (Gebühren nach VV Nr. 2300). Wird der Anwalt von vornherein – wie in Familiensachen häufig – beauftragt, die Rechte des Mandanten gegenüber dem Ehegatten wahrzunehmen, sei es etwa Unterhaltsansprüche durchzusetzen oder Unterhaltsansprüche abzuwehren, handelt es sich um einen Vertretungsauftrag, nicht um einen Beratungsauftrag. Es gelten die wertabhängigen Gebühren nach VV Nr. 2300.

Auch dann, wenn zwar zunächst der Auftraggeber nur um eine Beratung gebeten hat, er aber anschließend den Anwalt mit seiner Vertretung beauftragt, wird regelmäßig nur die Geschäftsgebühr nach VV Nr. 2300 ab-

VI. Inhaltskontrolle bei Eheverträgen zum nachehelichen Unterhalt

1. Grundlagen

- 63 Der BGH hat die Entscheidungen des BVerfG zum Anlass genommen, seine Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle zu erweitern und insbesondere der Abgrenzung zwischen den Voraussetzungen des § 138 BGB (Wirksamkeitskontrolle) und des § 242 BGB (Ausübungskontrolle, dh. die Prüfung, ob die Berufung auf einen Verzicht missbräuchlich ist) eine neue Struktur zu geben. Grundsätzlich gelten die Grundsätze für Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen gleichermaßen. Im Falle einer **Scheidungsfolgenvereinbarung** steht aber – anders als bei vorsorgenden Eheverträgen – die Entwicklung der ehelichen Lebensgemeinschaft fest, so dass der Fall der Notwendigkeit zur Korrektur bei planwidrigen Abweichungen nicht gegeben ist¹.

2. Umfang der Wirksamkeitskontrolle

- 64 Während der BGH zur richterlichen Ausübungskontrolle ausdrücklich feststellt (vgl. Rn. 65 ff.), dass die Versagung der Berufung auf den vertraglichen Ausschluss von Rechten nicht zur vollständigen Unwirksamkeit des Vertrags führt, lässt er dies in den Ausführungen zur Wirksamkeitskontrolle offen, also auch die Frage, ob etwa im Falle eines Globalverzichts der gesamte Vertrag unwirksam ist oder sich nur auf den Kernbereich zum Unterhalt und auch zum Versorgungsausgleich bezieht (Rn. 139 ff.). Er beschreibt dort lediglich die Voraussetzungen zur Annahme der Wirksamkeitskontrolle, führt immerhin (sehr unscharf) aus, es sei im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle zu prüfen, ob dem Ehevertrag bei Verstoß gegen § 138 BGB die **Anerkennung ganz oder teilweise zu versagen** sei. Bedeutsam wird dies vor allem in Bezug auf den Zugewinn, selten wohl für den Versorgungsausgleich, wenn gleichzeitig auf nachehelichen Unterhalt verzichtet wurde. Da der BGH die Voraussetzungen des § 138 BGB auf den Verzicht des Kernbereichs der Scheidungsfolgen stützt, also in erster Linie auf den Unterhalt nach §§ 1570, 1571, 1572 BGB, nicht dagegen auf den Verzicht des Zugewinnausgleichs, muss die Wirksamkeitskontrolle nicht zwangsläufig den Zugewinn erfassen, wenn gleichzeitig auf Unterhalt und Versorgungsausgleich verzichtet wurde und dort eine Korrektur der vertraglichen Bestimmungen erfolgt². Allerdings setzt die Wirksamkeitskontrolle eine Gesamtwürdigung voraus, so dass in jedem Fall eine Prüfung entsprechend § 139 BGB stattzufinden hat, inwieweit ein **Wille zur Einheitlichkeit** der vertraglichen Regelungen besteht, bei dessen Vorliegen der gesamte Vertrag nichtig ist. Soweit bei

1 S. hierzu *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1611); OLG Celle v. 25.2.2004 – 15 UF 178/03, FamRZ 2004, 1202 = FamRB 2004, 175.

2 So wohl auch *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1610); s. auch *Rakete-Dombek*, NJW 2004, 1273 (1276).

Bestehen eines Globalverzichts die Voraussetzungen des § 138 BGB wegen des Gesamtcharakters des Ehevertrags angenommen werden, wird der gesamte Vertrag von § 138 BGB erfasst, so dass auch eine **salvatorische Klausel** nicht dazu führt, dass einzelne Teile wirksam bleiben, weil deren Zweck nur in der Beseitigung der Wirkungen des § 139 BGB besteht¹.

➔ **Wichtig:**

In der weiteren Rechtsprechung lehnt der BGH² eine **Teilnichtigkeit** bei Annahme des § 138 Abs. 1 BGB ab. Falls die Gesamtwürdigung eines Ehevertrags ergibt, dass dessen Inhalt für eine Partei ausnahmslos nachteilig ist und dessen Einzelregelungen durch keine berechtigten Belange der anderen Partei gerechtfertigt sind, erfasst die Nichtigkeitsfolge (aus § 138 BGB) notwendig den gesamten Vertrag, so dass für eine Teilnichtigkeit kein Raum bleibt (s. auch Rn. 16 ff.).

3. Wirkungen der Ausübungskontrolle

a) Prinzip des Nachteilsausgleichs

In der Entscheidung v. 11.2.2004 machte der BGH³ im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB keine Ausführungen zu den Rechtsfolgen (Rn. 64). Hingegen werden die **Rechtsfolgen im Falle einer gebotenen Rechtsausübungskontrolle konkret** beschrieben. Danach führt diese im Rahmen des § 242 BGB nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit des vertraglichen Ausschlusses nachehelicher Unterhaltsansprüche; auch werden nicht notwendigerweise die vom Gesetz vorgesehenen Scheidungsfolgen wieder in Kraft gesetzt. Der BGH will vielmehr im Rahmen des § 242 BGB den beiderseitigen Belangen der Ehegatten in der gegenüber den Grundlagen der Vereinbarung veränderten Sachlage Rechnung tragen. Je zentraler die Rechtsfolgen im Kernbereich der Scheidungsfolgen angesiedelt sind, umso stärker greift die gesetzliche Rechtsfolge durch.

65

➔ **Wichtig:**

Genereller Grundsatz des Nachteilsausgleichs: Durch die richterliche Vertragsanpassung darf der Ehegatte nicht besser gestellt werden, als er sich ohne die Ehe und seinem mit dieser einhergehenden Erwerbsverzicht stünde⁴. Dieser Grundsatz leitet sich aus der Notwendigkeit zur (weitgehenden) Erhaltung des Vertragswillens ab, soweit nicht in

1 Wie hier *Grziwotz*, FamRB 2004, 199 (203); anders *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (423); differenzierend *Münch*, ZNotP 2004, 122 (128).

2 BGH v. 25.5.2005 – XII ZR 296/01, FamRZ 2005, 1444 = FamRB 2005, 249; BGH v. 17.5.2006 – XII ZR 250/03, FamRZ 2006, 1097; s. auch *Brambring*, NJW 2007, 865.

3 BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 m. Anm. *Borth* = FamRB 2004, 105.

4 BGH v. 28.2.2007 – XII ZR 165/04, FamRZ 2007, 974 (977) = FamRB 2007, 225.

den Kernbereich der jeweiligen Scheidungsfolgenregelung eingegriffen wird.

b) Ausübungskontrolle als Vertragsanpassung

- 66 Der Sache nach bedeutet die nach der neueren Rechtsprechung des BGH vorzunehmende Rechtsausübungskontrolle – anders als nach der früheren Rspr¹ – eine **Umgestaltung der vertraglichen Rechtsfolgen** und nicht nur eine temporäre Versagung auf die Berufung des vereinbarten Verzichts. Sie geht damit einerseits über die reine Vertragsauslegung hinaus, weil sie vor allem aufgrund der Vorgaben des BVerfG von den Wirkungen der Grundrechte bestimmt ist, beinhaltet aber andererseits auch keine Anpassung nach den Grundsätzen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage, die einen ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Vertragsinhalt voraussetzt, was idR im Falle eines Verzichts ausscheidet².

4. Auswirkungen der Ausübungskontrolle auf die Tatbestände zum Betreuungsunterhalt und Aufstockungsunterhalt

a) Umfang des Betreuungsunterhalts nach § 1570 BGB

- 67 Hält der Verzicht auf den nahehelichen Unterhalt einer Wirksamkeitskontrolle stand, weil zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags kein Ungleichgewicht in der Verhandlungsposition des unterhaltsberechtigten Ehegatten bestanden ist, sind durch die Wirkungen der Ehe jedoch ehebedingte Nachteile eingetreten, können die Voraussetzungen einer Ausübungskontrolle gem. den Grundsätzen des § 242 BGB gegeben sein. Soweit es um den Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB geht, muss die anzuordnende Rechtsfolge im Lichte des Unterhaltsrechts somit auch den durch das UÄndG 2007 eingetretenen Rechtsänderungen Rechnung tragen. Hieraus folgt, dass der Unterhalt nach § 1570 BGB nur noch einen auf drei Jahre beschränkten Basisunterhalt vorsieht, der aus kind- und elternbezogenen Gründen verlängert werden kann³. Aus der Entscheidung kann wohl entnommen werden, dass ehebedingte Nachteile in der Erwerbsbiografie i.S.d. § 1578b Abs. 1 S. 3 BGB grundsätzlich geeignet sind, die Voraussetzungen einer Ausübungskontrolle zu erfüllen.
- 68 Offen ist weiterhin, ob im Falle der gebotenen **Betreuung gemeinsamer Kinder** der betreuende Elternteil im Rahmen des Betreuungsunterhalts den **vollen Bedarf** nach § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB und auch den Vorsorgeunterhalt für den Fall einer Krankheit verlangen kann; den Altersvorsorgeunterhalt nach § 1578 Abs. 3 BGB dann, wenn aufgrund des bisherigen

1 BGH v. 30.11.1994 – XII ZR 226/93, FamRZ 1995, 291 (292); BGH v. 16.4.1997 – XII ZR 293/95, FamRZ 1997, 873 (874).

2 S. BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 unter II 3c. = FamRB 2004, 105.

3 BGH v. 2.2.2011 – XII ZR 11/09, FamRZ 2011, 1377 m. Anm. *Bergschneider* = FamRB 2011, 267.

Verlaufs der ehelichen Lebensverhältnisse und der zukünftigen Möglichkeit zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit eine eigene hinreichende Altersversorgung nicht aufgebaut werden kann und auch sonstige Vermögenswerte für eine Absicherung hierfür fehlen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass im Falle der Ausübung einer gebotenen Erwerbstätigkeit neben der Betreuung eines minderjährigen Kindes neben dem (restlichen) Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB (zB bei Betreuung eines sechsjährigen Kindes) auch ein Unterhaltsanspruch nach § 1573 Abs. 2 BGB bestehen kann, weil § 1578 Abs. 1 BGB den vollen Unterhalt gewährt, § 1570 BGB aber lediglich insoweit den Bedarf ausfüllt, *solange und soweit* ein Ehegatte wegen der Betreuung eine berufliche Tätigkeit nicht ausüben kann¹. Letzterer Anspruch kann im **Rahmen der Erhaltung des Vertragswillens** der Ausübungskontrolle standhalten, also weiterhin versagt werden, wenn der Anspruch nach § 1570 BGB zusammen mit den eigenen Einkünften den Erwerbsmöglichkeiten nach § 1574 Abs. 1, 2 BGB entspricht, dh. keine ehebedingten Einbußen aufgrund der Familienphase eintreten, was im Einzelfall aber sehr schwer feststellbar sein kann.

Beispiel:

Der gesamte Bedarf nach § 1578 Abs. 1 BGB beträgt 3500 Euro [(6 000 Euro + 1 000 Euro) : 2] – jeweils um 1/7 bzw. 5 % sowie 10 % bereinigt. Die das vierjährige Kind betreuende Ehefrau erzielt 1 000 Euro aus einer Halbtags­tätigkeit; bei voller Erwerbstätigkeit würde sie 2 000 Euro erzielen.

Die Ausübungskontrolle kann dazu führen, dass bei einem Verzicht auf den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB der Ehevertrag jedenfalls in der Weise anzupassen ist, dass der aus dem Ehevertrag begünstigte Unterhaltspflichtige bis zur Beendigung der Betreuungsnotwendigkeit des minderjährigen Kindes einen Unterhalt iHv. monatlich 1 000 Euro zu bezahlen hat, nach § 1570 Abs. 2 BGB kann sich dies aus elternbezogenen Gründen² (Berücksichtigung eines individuellen Betreuungsmodells) verlängern. Dass insoweit der Anspruch nur bis zum erreichbaren eigenen Einkommen aufgestockt und nicht aus dem Einkommen des Unterhaltspflichtigen sowie dem erzielbaren Einkommen des Unterhaltsberechtigten ermittelt wird, folgt aus der Notwendigkeit zur Erhaltung des Vertragswillens³, soweit nicht in den Kernbereich der Scheidungsfolgen eingegriffen wird. Die Rechtsprechung des BGH zur Begrenzung des Unterhalts nach den Grundsätzen der Ausübungskontrolle deckt sich mit dessen Rechtsprechung zum Nachteilsausgleich gem. § 1578b Abs. 1, 2 BGB.

b) Aufstockungsunterhalt

Nach Beendigung des Anspruchs nach § 1570 BGB kann aber dennoch ein Anspruch aus § 1573 Abs. 2 BGB bestehen, wenn der ein Kind betreuende Ehegatte eine **qualifizierte berufliche Tätigkeit** wegen der Familien-

1 BGH v. 13.12.1989 – IVb ZR 79/89, FamRZ 1990, 492 (493); anders im Verhältnis § 1572 BGB zu § 1573 Abs. 1 BGB, BGH v. 26.11.2008 – XII ZR 131/07, FamRZ 2009, 406 = FamRB 2009, 68.

2 S. zB BGH v. 11.8.2010 – XII ZR 102/09, FamRZ 2010, 1637 = FamRB 2010, 328 und FamRB 2010, 329.

3 S. auch BGH v. 28.2.2007 – XII ZR 165/04, FamRZ 2007, 974 (977) = FamRB 2007, 225.

arbeit beendet und bei Scheitern der Ehe – ohne Verletzung einer Obliegenheit nach § 1574 Abs. 1 bis 3 BGB – nur noch eine wenig qualifizierte berufliche Tätigkeit mit entsprechend geringeren Einkünften erlangen kann, worauf auch der BGH¹ hinweist (unter IV 2a des Urteils).

Beispiel:

Das Einkommen beträgt bei Beendigung der beruflichen Tätigkeit als Kauffrau in einer Bank monatlich 2 000 Euro. Nach Beendigung der Familienphase und Aufnahme einer gebotenen Tätigkeit, die aber wegen der schlechten Arbeitsplatzsituation und ggf. gesundheitlichen Beeinträchtigungen die Aufnahme derselben oder einer gleich qualifizierten beruflichen Tätigkeit nicht (mehr) ermöglicht, ohne dass eine Erwerbsobliegenheit verletzt wird, wird ein monatliches Einkommen von 1 200 Euro erzielt. Hätte die frühere Erwerbstätigkeit aufgenommen werden können, betrüge das monatlich Einkommen 2 500 Euro. Maßstab ist im Grundsatz § 1574 Abs. 1, 2 BGB.

In diesem Fall ist im **Rahmen der Ausübungskontrolle** der Ehevertrag/die Scheidungsfolgenvereinbarung in der Weise anzupassen, dass der Differenzbetrag zwischen 2 500 Euro und den real erzielten 1 200 Euro (also 1 300 Euro) auszugleichen ist. Dieser Anspruch besteht im Hinblick auf das Vertrauen des begünstigten Ehegatten in die Wirksamkeit des Vertrags allerdings nicht zwangsläufig in Höhe der ehelichen Lebensverhältnisse gem. § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern ist nach den Grundsätzen des Nachteilsausgleichs (§ 1578b Abs. 1 BGB) auf die Höhe der Einkünfte aus der erlernten beruflichen Tätigkeit zu begrenzen.

Würde der volle Unterhalt 3 500 Euro monatlich betragen, wird also der weitergehende Teil i.S.d. § 1578 Abs. 1 BGB aufgrund des Nachteilsausgleichs nicht berücksichtigt.

- 70 Scheitert die Ehe erst zu einem Zeitpunkt, zu dem bereits die **Voraussetzungen des Altersunterhalts** nach § 1571 BGB bestehen, werden im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung auch die Dauer der Ehe einerseits und die Möglichkeit zum Einsatz eigener Einkünfte aus dem Versorgungsausgleich andererseits erheblich sein. Konnte der Ehegatte aufgrund der realen (nicht nur geplanten) Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse keine eigene soziale Absicherung für den **Fall der Erkrankung** aufbauen, weil ihm die Familienarbeit übertragen wurde, bedeutet der Verzicht auf den nahehelichen Unterhalt ebenfalls einen Eingriff in den Kernbereich des § 1572 BGB, weil die konkrete Gestaltung der ehelichen Verhältnisse zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des einen Ehegatten führt, soweit diese nicht nur vorübergehend ist.

5. Ausschluss des Betreuungsunterhalts nach § 1570 BGB

a) Umfang der ehevertraglichen Gestaltung

- 71 Der BGH hat in seiner grundlegenden Entscheidung v. 11.2.2004² hervorgehoben, dass zum Kernbereich der Scheidungsfolgen in erster Linie der Betreuungsunterhalt gehört, der schon im Hinblick auf die Sicherung der

1 BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = FamRB 2004, 105.

2 BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = FamRB 2004, 105; eingehend III 2a des Urteils.

Schutzbedürftigkeit des (minderjährigen) Kindes nicht der freien Disposition der Ehegatten unterliegt. Dies bedeutet allerdings nicht, dass in jedem Fall eines teilweisen oder vollständigen Ausschlusses des Unterhalts nach § 1570 BGB die Unwirksamkeit der ehevertraglichen Regelungen eintreten würde. Bereits das BVerfG¹ hat in der Entscheidung v. 6.2.2001 darauf hingewiesen, dass der Betreuungsunterhalt im Rahmen eines Ehevertrags grundsätzlich disponibel ist, so vor allem, wenn beide Ehegatten eine gleichwertige berufliche Tätigkeit ausüben und sich Haushalt und Familienarbeit teilen. Der BGH² ergänzt dies dahingehend, dass eine ganztägige Betreuung durch die Mutter nicht unabdingbar ist, sondern sich die Eltern auch darüber verständigen könnten, ab einem bestimmten Kindesalter Dritte zur Betreuung heranzuziehen, um einen möglichst **frühen Eintritt ins Berufsleben** zu ermöglichen. Es bedarf deshalb jeweils einer genauen Betrachtung der individuellen Verhältnisse der Ehegatten. Danach stellt folgende ehevertragliche Regelung keinen Verstoß gegen § 138 BGB dar.

Musterformulierung:

Die Ehegatten verzichten für den Fall der Scheidung gegenseitig auf den nachehelichen Unterhalt. Soweit nach Scheidung ein Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB wegen der Betreuung und Erziehung eines minderjährigen Kindes besteht, wird bis zur Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit der volle Unterhalt i.S.d. § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB geleistet. Hierbei gehen die Ehegatten davon aus, dass die Betreuung und Erziehung durch die Ehefrau erfolgt und diese spätestens ab Erreichen des dritten Lebensjahres des jüngsten Kindes eine Erwerbstätigkeit mit dem Einkommensniveau der erlernten und ausgeübten beruflichen Tätigkeit als ... (Bankkauffrau, Ärztin, Architektin) aufnimmt. Der Ehemann übernimmt die Kosten der Drittbetreuung eines gemeinsamen Kindes (Kindertagesstätte, Tagesmutter) bis zum Erreichen des achten Lebensjahres des gemeinschaftlichen Kindes.

➔ Wichtig:

Der BGH³ hat zur **Zuordnung der Kosten der Betreuung eines Kindes** in einer Betreuungseinrichtung (Kindergarten, Kinderkrippe, Tagesmutter) entschieden, dass diese – entgegen der Regelung des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB – von beiden Elternteilen entsprechend ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit i.S.d. § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB zu tragen sind. Diese Grundsätze sind im Rahmen einer Vereinbarung abdingbar, weil insoweit eine Regelung zwischen den Eltern getroffen wird, die den Kindesunterhalt nicht betrifft. Die Übernahme durch

1 BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89, 101 = FamRZ 2001, 343 m. Anm. Schwab; eingehend Schwab/Borth, Teil IV Rn. 1319.

2 BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = FamRB 2004, 105.

3 BGH v. 26.11.2008 – XII ZR 65/07, FamRZ 2009, 962 = FamRB 2009, 203.

einen Elternteil bedeutet rechtlich die **Freistellung von einer gesetzlichen Unterhaltspflicht**.

- 72 In diese Richtung geht auch die Entscheidung des BGH v. 25.5.2005¹. Sie betraf einen Ehevertrag, in dem der Unterhalt nach § 1570 BGB nach dem Altersphasenmodell gestaffelt war (bis zum 6. Lebensjahr 2 000 DM, bis zum 14. Lebensjahr 1 000 DM, danach kein Unterhalt), obwohl die Ehefrau bei Vertragsschluss schwanger war. Nach BGH ist **bei Bestehen einer Schwangerschaft ein Indiz** für eine ungleiche Verhandlungsposition gegeben und deshalb eine verstärkte Wirksamkeitskontrolle vorzunehmen. Die abweichende Regelung des Betreuungsunterhalts vom ehengemessenen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB hält der BGH bei unklaren Einkommensverhältnissen bei Vertragsabschluss für zulässig. Entscheidend ist, dass ein Nachteilsausgleich erfolgt.
- 73 Unproblematisch ist ferner der Fall, dass im maßgebenden Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit gemeinsamen Kindern der Ehegatten nicht mehr zu rechnen war². Üben beide Ehegatten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine berufliche Tätigkeit aus und tritt aufgrund einer nicht vorhersehbaren Entwicklung eine Unterhaltsbedürftigkeit i.S.d. § 1577 Abs. 1 BGB wegen der Betreuung eines Kindes ein, sei es, dass entgegen dem ursprünglichen Plan die Ehefrau sich vollständig der Betreuung des gemeinsamen Kindes widmet, sei es, dass krankheits- bzw. entwicklungsbedingt eine besondere Betreuungslage für das Kind entsteht, so **fehlt es zwar an den Voraussetzungen einer Wirksamkeitskontrolle** gem. § 138 BGB, wenn diese Entwicklung nicht vorhersehbar war (s. zuvor genannte ehevertragliche Regelung). In diesem Fall kommt aber eine Anpassung nach § 242 BGB im Rahmen der Ausübungskontrolle in Betracht³. Dies führt im Falle eines Anspruchs nach § 1570 BGB dazu, dass sich der aus dem Ehevertrag begünstigte Ehegatte nicht auf den vereinbarten Verzicht berufen kann.

Beispiel:

Übt die bei Vertragsschluss schwangere Ehefrau oder Verlobte eine berufliche Tätigkeit aus, so ist grundsätzlich nicht auszuschließen und deshalb vorhersehbar, dass wegen der Kindesbetreuung die hieraus erzielten Einkünfte wegfallen; insoweit können die Voraussetzungen einer Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB vorliegen, wenn dennoch ein Unterhaltsverzicht zu § 1570 BGB vereinbart wird.

Der Ehevertrag sah folgende Regelungen vor: Gegenseitiger Unterhaltsverzicht für den Fall der Scheidung, Ausschluss des Versorgungsausgleichs, Modifikation des Zugewinns. Keine Regelungen enthielt der Ehevertrag zur Frage der Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit als Kauffrau nach einer bestimmten Frist (zB nach Ablauf des Erziehungsurlaubs von einem Jahr). Liegt eine solche Regelung vor,

1 BGH v. 25.5.2005 – XII ZR 296/01, FamRZ 2005, 1444 (1447) = FamRB 2005, 249; BGH v. 5.7.2006 – XII ZR 25/04, FamRZ 2006, 1359 m. Anm. *Bergschneider*, FamRZ 2006, 1437 = FamRB 2006, 325.

2 BGH v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691 = FamRB 2005, 126.

3 BGH v. 6.10.2004 – XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185 – zum vergleichbaren Fall des Verzichts auf den Versorgungsausgleich = FamRB 2005, 38.

scheidet § 138 BGB aus. Jedoch sind idR die Voraussetzungen einer Ausübungskontrolle gegeben, die nach § 242 BGB zu einer Vertragsanpassung führt, falls ohne Verletzung einer Obliegenheit eine berufliche Tätigkeit nicht ausgeübt werden kann (*Fall des OLG Stuttgart*)¹.

b) Zeitliche Begrenzung des Anspruchs sowie der Höhe nach?

Der BGH hatte weder in dem Urteil v. 11.2.2004² noch danach zu entscheiden, ob im Rechtsfolgenausspruch der Anspruch nach § 1570 BGB **zeitlich und der Höhe nach zu begrenzen** ist³. Eine zeitliche Begrenzung des Betreuungsunterhalts nach Maßgabe der früheren Rechtsprechung des BGH⁴ lässt sich angesichts der besonderen Wertigkeit innerhalb der Scheidungsfolgen nicht (mehr) vertreten, zumal das BVerfG⁵ darauf hingewiesen hat, dass diese Rechtsprechung des BGH ausschließlich im Interesse des minderjährigen Kindes überhaupt einen Anspruch zuerkannt hat, nicht aber das Interesse des erziehenden Elternteils berücksichtigt, so dass der Anspruch nach § 1570 BGB im Grundsatz trotz eines Verzichts hierauf unbegrenzt zuzusprechen ist. Soweit nach allgemeinen Grundsätzen eine Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils besteht, kann jedoch der Unterhaltspflichtige ungeachtet der Korrektur des Ehevertrags je nach Alter und Anzahl der zu betreuenden Kinder auf der Grundlage der Bestimmungen der §§ 1570, 1574 Abs. 1, 2 BGB die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit verlangen; dies führt zu einer Minderung des Unterhaltsanspruchs entsprechend den zu berücksichtigenden Einkünften.

74

Ergibt die **Wirksamkeitskontrolle** nach § 138 BGB, dass ein Unterhaltsverzicht zu § 1570 BGB unwirksam ist, scheidet regelmäßig auch eine **Begrenzung des Anspruchs dem Grunde und der Höhe nach** aus, weil der Ehevertrag insoweit dem Unwerturteil des § 138 BGB unterliegt und wegen dessen Nichtigkeit keine Rechtswirkungen entfalten kann⁶. Damit greifen die allgemeinen Vorschriften zur Bestimmung des Betreuungsunterhalts nach § 1570 BGB ein. Ist der Betreuungsunterhalt vor Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes geschuldet, scheidet eine Befristung aus, zumal der Unterhaltsberechtigte nach Erreichen des dritten Lebensjahres erneut den Anspruch verfahrensmäßig geltend zu machen hätte⁷. Gleiches gilt auch, wenn der Unterhalt gem. § 1570 BGB nach

75

1 OLG Stuttgart v. 11.11.2004 – 11 UF 222/03, FamRZ 2005, 455 (456).

2 BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = FamRB 2004, 105.

3 So noch BGH v. 16.4.1997 – XII ZR 293/95, FamRZ 1997, 873.

4 BGH v. 16.4.1997 – XII ZR 293/95, FamRZ 1997, 873 – Unterhalt bis zum achten Lebensjahr des Kindes.

5 BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89, 101 = FamRZ 2001, 343.

6 S. OLG Nürnberg v. 1.9.2004 – 11 WF 1597/01, OLG Nürnberg v. 1.9.2004 – 11 WF 1597/04, FamRZ 2005, 454 – schwangere Philippinin; OLG Stuttgart v. 11.11.2004 – 11 UF 222/03, FamRZ 2005, 455.

7 BGH v. 18.3.2009 – XII ZR 74/08, FamRZ 2009, 770 m. Anm. Borth, FamRZ 2009, 959 = FamRB 2009, 170.

vollendetem dritten Lebensjahr zugesprochen wird. Dagegen kann der Unterhalt nach § 1570 Abs. 1, 2 BGB gem. § 1578b Abs. 1 BGB – nach einer Übergangszeit – auf den angemessenen Unterhalt gem. der eigenen Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten herabgesetzt werden¹.

- 76 Erfolgt im Rahmen der **Ausübungskontrolle** (lediglich) eine Vertragsanpassung nach § 242 BGB, ist eine bestimmte Rechtsfolge nicht zwingend; danach ist eine vollständige Anpassung an die gesetzlichen Regelungen möglich, was zu einem vollen Unterhaltsanspruch gem. § 1578 Abs. 1 BGB führt, aber auch eine **Begrenzung des Anspruchs im Sinne eines Nachteilsausgleichs** (§ 1578b Abs. 1, 2 BGB). Insoweit wäre dem Unterhaltsberechtigten ein Unterhalt lediglich in derjenigen Höhe zuzusprechen, die dieser bei Ausübung der wegen der Kindesbetreuung aufgegebenen oder nicht ausgeübten beruflichen Tätigkeit erzielen könnte, begrenzt durch den Halbteilungsgrundsatz des § 1578 Abs. 1 BGB. Maßstab für die erzielbaren Einkünfte ist danach § 1574 Abs. 1, 2 BGB². Konkret bedeutet dies, dass festzustellen ist, welche berufliche Tätigkeit bei Beginn der Kindesbetreuung ausgeübt wurde und welche Einkünfte (netto) hieraus im Zeitpunkt der eintretenden Unterhaltsbedürftigkeit i.S.d. § 1577 Abs. 1 BGB erzielt werden könnten³. Unterste Grenze ist danach das Existenzminimum (2011: mindestens 770 Euro). In diesem Rahmen kann dann der Unterhaltsberechtigte den Unterhalt für eine **angemessene Krankenversicherung** nach § 1578 Abs. 2 BGB sowie den **Vorsorgeunterhalt** nach § 1578 Abs. 3 BGB gem. den erzielbaren Einkünften verlangen. Die Bemessung des Unterhalts auf der **Grundlage des Nachteilsausgleichs** ist jedoch dann vorzunehmen, wenn ein mutmaßlicher Parteiwille hinsichtlich der Begrenzung des Unterhalts festgestellt werden kann.

6. Ausschluss des Altersunterhalts nach § 1571 BGB sowie des Krankheitsunterhalts nach § 1572 BGB

- 77 Auch der Unterhalt nach den §§ 1571, 1572 BGB gehört unter dem Gesichtspunkt der **ehebedingten nahehelichen Verantwortung** der Ehegatten füreinander zum Kernbereich der Scheidungsfolgen. Dies gilt vor allem dann, wenn im Fall des Verzichts der bedürftige Ehegatte während der ehelichen Lebensgemeinschaft die gemeinsamen Kinder und den Haushalt versorgt hat und es erst zur Scheidung kommt, nachdem die Phase der Kindesbetreuung und -erziehung beendet ist. Allerdings können auch diese Ansprüche einer ehevertraglichen Gestaltung unterliegen. Der BGH⁴ weist zutreffend darauf hin, dass der Ausschluss nicht dem

1 BGH v. 18.3.2009 – XII ZR 74/08, FamRZ 2009, 770 (774) m. Anm. Borth, FamRZ 2009, 959 = FamRZ 2009, 170.

2 Eingehend Schwab/Borth, Teil IV Rn. 1506 f.

3 Ähnlich BGH v. 6.10.2004 – XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185 = FamRB 2005, 38 zum Versorgungsausgleich.

4 BGH v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691 = FamRB 2005, 126; BGH v. 25.5.2005 – XII ZR 296/01, FamRZ 2005, 1444 (1448) = FamRB 2005, 249.

Unwerturteil des § 138 BGB unterliegt, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht absehbar war, ob, wann und **unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten eine Unterhaltsbedürftigkeit wegen Alters oder Krankheit** eintritt. Er hält insbesondere eine Vereinbarung zum Altersunterhalt für unbedenklich, wenn bei Vertragsschluss die Ehegatten beiderseitig bereits eine Altersversorgung aufgebaut¹ und auch berücksichtigt hatten, dass beide während der Ehe weiterhin eine berufliche Tätigkeit ausüben, mit der eine weitere Altersvorsorge getroffen werden kann. Im konkreten Fall hatte der Ehemann ferner im Falle der Erwerbslosigkeit der Ehefrau einen weiteren Ausbau der Altersvorsorge durch freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zugesichert, also zur Sicherung des Altersunterhalts durch eigene Leistungen beigetragen². Tritt allerdings aufgrund besonderer Umstände in der Ehe eine Abweichung von den Vorstellungen bei Vertragsschluss ein, kann im Rahmen der Ausübungskontrolle eine Vertragsanpassung nach § 242 BGB erfolgen. Bereits in der Entscheidung v. 11.2.2004³ hat der BGH zudem die Ansicht vertreten, dass im Falle einer bei Eheschließung bestehenden Krankheit ein Verzicht grundsätzlich möglich sei⁴.

Ob dies generell angenommen werden kann, erscheint fraglich, so vor allem, wenn ein Ehegatte wegen der neuen Ehe einen sicheren Unterhaltsanspruch oder eine Witwenversorgung aufgegeben hat. Auch darf der Verzicht objektiv nicht zum Nachteil des Trägers der Sozialhilfe vereinbart werden, weil dann ein Vertrag zulasten Dritter vorliegt, der nach § 138 BGB nichtig ist⁵. 78

➔ **Wichtig:**

Ist nachvertraglich eine Erkrankung während der Ehe eingetreten, die es dem bedürftigen Ehegatten nicht ermöglicht, eine eigene Versorgung für den Fall des Alters und der Invalidität aufzubauen, kann sich hieraus die **Notwendigkeit einer Ausübungskontrolle** nach § 242 BGB ergeben, die zu einer Anpassung des Vertrags zur Folge haben kann⁶.

1 Im konkreten Fall waren die Ehegatten bei Abschluss des Ehevertrags 44 und 46 Jahre alt; s. auch BGH v. 28.11.2007 – XII ZR 132/05, FamRZ 2008, 582 – bei Vertragsschluss 45 und 47 Jahre alt = FamRB 2008, 98.

2 So BGH v. 25.5.2005 – XII ZR 296/01, FamRZ 2005, 1444 (1448) = FamRB 2005, 249.

3 BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = FamRB 2004, 105, III 2a des Urteils.

4 S. auch BGH v. 22.11.2006 – XII ZR 119/04, FamRZ 2007, 450 m. Anm. *Bergschneider*.

5 BGH v. 9.7.1992 – XII ZR 57/91, FamRZ 1992, 1403; BGH v. 25.10.2006 – XII ZR 144/04, FamRZ 2007, 197 = FamRB 2007, 65; s. aber BGH v. 23.11.2011 – XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197.

6 BGH v. 28.11.2008 – XII ZR 132/05, FamRZ 2008, 582 (585 f.).

79 Folgende Regelungen halten danach einer Wirksamkeitskontrolle stand:

Musterformulierung:

Die Ehegatten verzichten gegenseitig auf den nachehelichen Unterhalt. Hierbei gehen sie davon aus, dass im Falle der Betreuung gemeinsamer Kinder durch die Ehefrau diese ab Erreichen des sechsten Lebensjahres (*Zeitpunkt modifizierbar*) wieder einer teilweisen und ab dem 10. Lebensjahr des gemeinsamen Kindes einer vollen beruflichen Tätigkeit nachgeht. Unterbleibt dies einvernehmlich, steht der Ehefrau im Falle der Voraussetzungen der §§ 1571, 1572 BGB ein nachehelicher Unterhalt in Höhe des erzielbaren Einkommens der Ehefrau aus ihrer erlernten und ausgeübten Tätigkeit als Bankkauffrau zu (aktueller Wert mit Anpassungsklausel nach Preisindex möglich, s. Rn. 57).

7. Unterhalt bis zur Erlangung einer angemessenen Erwerbstätigkeit nach § 1573 Abs. 1 BGB

80 Der BGH¹ ordnet diesen Anspruch innerhalb der Hierarchie der nachehelichen Unterhaltstatbestände nicht dem engeren Kernbereich zu, da er nachrangig ausgestaltet und das Arbeitsplatzrisiko ohnehin auf den Unterhaltsberechtigten verlagert ist; insoweit verweist er auf § 1573 Abs. 4, 5 BGB, die in ihrem Regelungsbereich die Schwäche dieses Anspruchs offenkundig machen. Zutreffend weist der BGH² ferner darauf hin, dass **Übergangsleistungen** bzw. **Abfindungszahlungen**, die die Zeit bis zur Erlangung einer beruflichen Tätigkeit (einschließlich einer qualifizierenden Aus- oder Fortbildung i.S.d. § 1574 Abs. 3 BGB) überbrücken sollen, idR der Annahme der Sittenwidrigkeit entgegenstehen.

➔ Praxistipp:

Da nach § 1578b BGB eine Begrenzung des Unterhalts stets in Betracht kommt, kann der Anspruch nach § 1573 Abs. 1 BGB grundsätzlich abbedungen werden; es sollte jedoch zur Reduzierung eventueller Risiken in Bezug auf die Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle nach den §§ 138, 242 BGB im Rahmen einer ehevertraglichen Gestaltung und auch einer Scheidungsfolgenvereinbarung, die einen Unterhaltsverzicht beinhalten, klargestellt werden, dass dieser nur der Bestätigung der Rechtslage des § 1578b BGB dient. Die Übergangszeit kann zudem auf der Grundlage des § 1585 Abs. 2 BGB abgefunden werden.

81 Zweifel bestehen, ob in **jedem Fall eines Anspruchs nach § 1573 Abs. 1 BGB** der Unterhaltsverzicht einer Wirksamkeits- bzw. Ausübungskontrolle standhält. Vor allem im Falle einer langjährigen Ehedauer, in der

1 BGH v. 25.5.2005 – XII ZR 296/01, FamRZ 2005, 1444 (1448) = FamRB 2005, 249.

2 BGH v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03, FamRZ 2004, 601; BGH v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691 = FamRB 2005, 126.

der unterhaltsbedürftige Ehegatte zunächst die Aufgaben der Erziehung und Betreuung der gemeinsamen Kinder wahrnahm und die eheliche Lebensgemeinschaft erst danach scheiterte, stellt sich die Frage, ob das Arbeitsplatzrisiko allein dem unterhaltsbedürftigen Ehegatten übertragen werden kann, solange dieser keine Erwerbsobliegenheit i.S.d. § 1574 Abs. 1, 2 BGB verletzt. Insoweit gewinnt der Gesichtspunkt der fortwirkenden nahehelichen Verantwortung für den bedürftigen Ehegatten im Rahmen des Nachteilsausgleichs eine besondere Bedeutung¹.

8. Weitere Unterhaltstatbestände

Ansonsten hat der BGH² den Verzicht auf den **Aufstockungsunterhalt** nach § 1573 Abs. 2 BGB und den **Unterhalt nach § 1576 BGB** (positive Billigkeitsklausel) nicht der Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB unterworfen, was sich aus der Bedeutung dieser Tatbestände im System des Scheidungsfolgenrechts ergebe. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Es ist aber im Falle des § 1576 BGB nicht auszuschließen, dass im Rahmen der Vertragsanpassung nach § 242 BGB eine Korrektur des Ausschlusses zu erfolgen hat; dies gilt insbesondere, wenn nach langjähriger Ehe ein Unterhaltsanspruch nach §§ 1571, 1572 BGB allein am Einsatzzeitpunkt scheitert und ohne die vertragliche Regelung § 1576 BGB eingreifen würde³. Auch soweit der Aufstockungsunterhalt gem. § 1573 Abs. 2 BGB auf dem Eintritt eines ehebedingten Nachteils i.S.d. § 1578b Abs. 1, 2 BGB beruht, so zB wenn ein beruflich gut qualifizierter Ehegatte nach längerer Ehedauer ehebedingt nicht mehr die frühere, gut dotierte berufliche Stellung erreicht, können die Voraussetzungen einer Ausübungskontrolle gegeben sein. 82

9. Beweislast

Will ein Ehegatte einen Ehevertrag mit der Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB oder der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB überprüfen lassen, muss er deren Voraussetzungen darlegen und beweisen, weil er die Abkehr von einer vertraglichen Regelung erreichen will. Der BGH verlangt für beide Prüfungsbereiche eine **Gesamtschau zur getroffenen Vereinbarung**, insbesondere Gründe und Umstände ihres Zustandekommens (Rn. 12 ff.). Dies wird, wenn der Ehevertrag keine Erläuterungen zur Motivation der einzelnen Regelungen enthält, zu Beweislastproblemen führen. Wurden in einem Ehevertrag oder einer Scheidungsfolgenvereinbarung global die Scheidungsfolgen vollständig oder jedenfalls weit- 83

1 Eingehend hierzu *Borth*, FamRZ 2011, 153 mN zur aktuellen Rspr. des BGH.

2 BGH v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691 = FamRB 2005, 126; BGH v. 25.5.2005 – XII ZR 296/01, FamRZ 2005, 1444 (1448) = FamRB 2005, 249.

3 S. BGH v. 17.9.2003 – XII ZR 184/01, FamRZ 2003, 1734 (1736) = FamRB 2004, 110.

gehend ausgeschlossen¹, so kann bereits aus dem Vertragsinhalt die – **widerlegbare – Vermutung** abgeleitet werden, dass (bereits) durch den Vertrag in den Kernbereich der Scheidungsfolgen eingegriffen wurde². Dies wird durch die Feststellung des BVerfG gestützt, dass sich der Effekt einer einseitigen Benachteiligung umso mehr verfestigen kann, je mehr gesetzliche Rechte im Ehevertrag abbedungen werden³. Dem betroffenen Ehegatten dürfte in diesem Fall jedenfalls der Nachweis der Voraussetzungen einer Ausübungskontrolle bei Berücksichtigung seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lage bei Scheitern der Ehe gelingen.

10. Inhaltskontrolle zugunsten eines Unterhaltspflichtigen

- 84 Eine Inhaltskontrolle findet nicht nur zugunsten des Unterhaltsberechtigten, sondern auch des Unterhaltspflichtigen statt⁴. Anlass zu dieser Entscheidung war, dass der Unterhaltspflichtige sich in einem Ehevertrag auf eine **bedürftigkeitsunabhängige Unterhaltsleistung** von monatlich 665 Euro eingelassen hatte, bei deren Erfüllung er das eigene Existenzminimum (Einschränkung der Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG) angesichts des durchschnittlichen Einkommens nicht gesichert und er auf Unterstützung durch die Sozialhilfeträger angewiesen gewesen wäre. Hierin sieht der BGH eine sittenwidrige Vereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB, da in dieser ein Vertrag zulasten Dritter liege. Der BGH hat die Annahme der Sittenwidrigkeit aufgrund eines objektiven Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung für familienrechtliche Verträge als nicht ausreichend angesehen; er verlangt in Bezug auf Eheverträge die Darlegung eines subjektiven Elements, wenn ein Ehegatte dem anderen eine Leistung verspricht, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt (hier ein zu hoher Unterhalt in Bezug auf die Leistungsfähigkeit). Eine solche Sachlage nimmt der BGH an, wenn die Verpflichtung durch Ausnutzung einer überlegenen Verhandlungsposition entstanden ist (Ausländer zahlt höheren Unterhalt als gesetzlich geschuldet, um durch Eheschließung den Aufenthalt in Deutschland zu sichern).

11. Heilung eines nichtigen Ehevertrags bei Begrenzung des Betreuungsunterhalts

- 85 Ist ein Ehevertrag, der eine Begrenzung bzw. einen Ausschluss des Betreuungsunterhalts enthielt, wegen Verstoßes gegen das zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags bestehenden Altersphasenmodells zum Be-

1 Wenn lediglich für die Dauer der Kindesbetreuung Unterhalt in Höhe des notwendigen Selbstbehalts vereinbart wird; s. auch BVerfG v. 29.3.2001 – 1 BvR 1766/92, FamRZ 2001, 985.

2 S. auch Schwab, Anm. zu BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, FamRZ 2001, 343.

3 BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89, 101 = FamRZ 2001, 343 (347) – unter B I 2d.

4 BGH v. 5.11.2008 – XII ZR 157/06, FamRZ 2009, 198 m. Anm. Bergschneider = FamRB 2009, 66.

treuungsunterhalt nach § 1570 aF BGB für **nichtig erklärt** worden, so stellt sich die Frage, ob er nachträglich durch die **Verschärfung der Anforderungen an eine Erwerbsobliegenheit** im Rahmen des § 1570 BGB (idF. des UÄndG 2007) geheilt werden kann. Einem Abänderungsbegehren, das sich auf die durch das UÄndG 2007 veränderten Kriterien zum Betreuungsunterhalt stützt, könnte entgegenstehen, dass es für die Beurteilung der Nichtigkeit auf die bei Abschluss des Ehevertrags bestehende Rechtslage sowie die Vorstellungen und Absichten der Parteien ankommt¹. Materiell-rechtlich geht es um die Frage, ob die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehende Nichtigkeit der von den Ehegatten im Jahre 1995 in einem Ehevertrag getroffenen Unterhaltsregelung nach § 138 Abs. 1 BGB auch in einem neuen, vom Unterhaltspflichtigen eingeleiteten Abänderungsverfahren weiterhin von der Unterhaltsberechtigten geltend werden kann, wenn aufgrund eines **Wertungswandels in Bezug auf die Neugestaltung des Betreuungsunterhalts** gem. 1570 BGB (früher einsetzende Erwerbsobliegenheit) die im Ehevertrag getroffene Unterhaltsregelung „heilt“, also auf der Grundlage des neu gestalteten Betreuungsunterhalts einer Wirksamkeitskontrolle i.S.d. Rechtsprechung des BGH standhalten würde. In der Literatur² wird teilweise die Ansicht vertreten, dass die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehende Nichtigkeit nur dann geheilt werden könnte, wenn das nichtige Rechtsgeschäft von den Vertragsschließenden bestätigt würde. Ein Wille zur Bestätigung setzt aber Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes voraus. Dies scheidet bei Eheverträgen, die eine Begrenzung des nahehelichen Unterhalts beinhalten, regelmäßig aus und könnte nur dann angenommen werden, wenn auf der Grundlage der vertraglichen Unterhaltsregelung in Kenntnis der Unwirksamkeitsgründe ein Unterhaltsanspruch vollzogen würde. Es ist aber zu erwägen, ob die **Berufung auf die Nichtigkeit angesichts der gewandelten Rechtslage zum Betreuungsunterhalt** nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB nicht zuzulassen ist, wenn die vertragliche Regelung die Vorstellungen des Gesetzgebers zum UÄndG 2007 zur Gestaltung des Betreuungsunterhalts vorwegnimmt³.

12. Inhaltskontrolle bei Scheidungsfolgenvereinbarungen

a) Problemlage

Die Entscheidungen des BVerfG v. 6.2.2001⁴ und des BGH v. 11.2.2004⁵ 86 hatten sich jeweils mit Eheverträgen zu befassen, in denen die Scheidungsfolgen aufgrund einer **vorausschauenden rechtsgestaltenden Vereinbarung** geregelt wurden. Dennoch gelten die dort entwickelten Grundsätze zur Inhaltskontrolle auch bei Scheidungsfolgenvereinbarungen, die im

1 So OLG Hamm v. 26.8.2009 – 5 UF 25/09, FamRZ 2009, 2093 m. Anm. Borth.

2 S. zB Palandt/Ellenberger, § 141 BGB Rn. 6.

3 S.a. OLG Jena v. 28.1.2010 – 1 UF 242/09, FamRZ 2010, 1252.

4 BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89, 101 = FamRZ 2001, 343.

5 BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = FamRB 2004, 105.

Zusammenhang mit oder nach der Scheidung getroffen wurden¹. Voraussetzung hierfür ist insoweit ebenfalls, dass durch eine solche Regelung eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde und hierdurch in den Kernbereich der Scheidungsfolgen eingegriffen würde. Den Ehegatten sind bei Abschluss einer Vereinbarung regelmäßig diejenigen Umstände bekannt, die während der ehelichen Lebensgemeinschaft zu einer wirtschaftlichen Schlechterstellung eines Ehegatten in Bezug auf die Sicherstellung des Unterhalts nach Scheidung und der Altersvorsorge geführt haben, so dass eine ehebedingte Bedürftigkeit bereits im Rahmen der Scheidungsfolgenvereinbarung geltend gemacht werden kann; auch besteht nicht die Notwendigkeit zur Korrektur einer fehlerhaften Prognose einer künftigen Entwicklung der ehelichen Lebensverhältnisse in Bezug auf Gestaltung von beruflicher Tätigkeit und Haushaltsführung durch eine Ausübungskontrolle. Soweit dennoch ein Ehegatte auf den ihm zustehenden Unterhalt nach § 1570 BGB verzichtet und auch der Versorgungsausgleich ausgeschlossen wird, der der Sicherung des Altersunterhalts dient, kann in gleicher Weise ein **Eingriff in den Kernbereich der Scheidungsfolgen** vorliegen.

b) Anwendungsfälle

- 87 Eine Wirksamkeitskontrolle ist vorzunehmen, wenn Ehegatten ohne Beratung durch einen Rechtsanwalt oder Notar einen generellen Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt vereinbaren, obwohl eine ehebedingte Unterhaltsbedürftigkeit vorliegt und damit der Kernbereich betroffen ist. Zwar schließt die Beratung die Wirksamkeitskontrolle nicht generell aus; sie wird aber im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zur Inhaltskontrolle faktisch nicht (mehr) vorkommen².

Gehen die Ehegatten bei Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung, die einen Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt beinhaltet, davon aus, der die gemeinsamen Kinder betreuende Ehegatte könne daneben durch Ausübung einer beruflichen Tätigkeit seinen Unterhalt bestreiten, schlägt diese Prognose jedoch fehl, ohne dass dem bedürftigen Ehegatten eine Obliegenheitsverletzung zuzurechnen ist, wird jedenfalls im Wege der Ausübungskontrolle eine Anpassung der Vereinbarung erfolgen können. Zuvor ist allerdings zu prüfen, ob durch Vertragsauslegung (s. hierzu Rn. 50 ff.) oder nach den **Grundsätzen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage** nach § 313 BGB eine Vertragsanpassung erfolgen kann.

1 AG Rheine v. 20.2.2004 – 18 F 47/03, FamRZ 2005, 453 m. Anm. *Bergschneider*; BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 609 m. Anm. *Borth* = FamRB 2004, 105; OLG München v. 23.3.2004 – 16 UF 1790/03, FamRZ 2005, 215 = FamRB 2005, 3.

2 Kosten aus Scheidungsfolgenvereinbarung sind keine außergewöhnliche Belastung nach § 33 EStG – BFH v. 30.6.2005 – II R 36/03, FamRZ 2005, 1903.

➔ Praxistipp:

Wird eine Scheidungsfolgenvereinbarung im Rahmen eines Prozessvergleichs nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschlossen, empfiehlt es sich für den Familienrichter, im Umfang des § 17 BeurkG eine unparteiische Belehrung über die Rechtsfolgen vorzunehmen und auf mögliche Unwirksamkeits- oder Anpassungsgründe hinzuweisen. Dies ist in der Sitzungsniederschrift festzuhalten. Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich zur Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen; ferner ist es Zweck einer einvernehmlichen Regelung, künftige Streitigkeiten zu vermeiden (Befriedungsfunktion).

c) Folgen des Hinweises auf Nichtigkeit

Auch wenn ein Ehegatte auf mögliche Nichtigkeitsgründe hingewiesen wurde, ergibt sich hieraus nicht ohne weiteres ein **Verwirkungsgrund i.S.d. § 242 BGB**, der eine spätere Berufung auf die Nichtigkeit nach § 138 BGB verwehrt, weil ansonsten die vom BVerfG zur Rechtfertigung der Inhaltskontrolle abgeleitete Schutzwirkung aus Art. 3, 6 GG ausgeschlossen würde. Danach ist es Aufgabe der Gerichte, auf die Wahrung der Grundrechtsprinzipien hinzuwirken; dies steht über der Verbindlichkeit einer ehevertraglichen Regelung, unabhängig davon, in welcher Weise diese zustande gekommen ist. Zudem liegt idR in solchen Vereinbarungen ein Vertrag zulasten des Trägers der Sozialhilfe, so dass bereits hieraus eine Sittenwidrigkeit in Betracht kommt (Rn. 61)¹. 88

13. Belehrung nach § 17 BeurkG, salvatorische Klausel und Inhaltskontrolle**a) Auswirkung der Belehrung auf Inhaltskontrolle**

Wie die Praxis lehrt, ist die **notarielle Belehrungspflicht kein Garant** dafür, dass im Falle einer vorhersehbaren ehebezogenen Unterhaltsbedürftigkeit eines Ehegatten keine Verzichtvereinbarungen geschlossen werden. Entsprechend hat der BGH² eine Inhaltskontrolle bei Eheverträgen auch nicht davon abhängig gemacht, ob eine Belehrung nach § 17 BeurkG erfolgt ist. Bereits das BVerfG³ hat mit seiner Forderung, es sei Aufgabe der Gerichte, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen hinzuwirken, die richterliche Inhaltskontrolle über die Verbindlichkeit einer ehevertraglichen Regelung gestellt, unabhängig davon, in welcher Weise diese zustande gekommen ist. Die nach § 17 BeurkG erfolgte Belehrung bewirkt deshalb nicht, dass eine Inhaltskontrolle unterbleiben kann. Entsprechendes gilt, wenn bei Abschluss des Ehevertrags oder einer Schei- 89

1 BGH v. 25.10.2006 – XII ZR 144/04, FamRZ 2007, 197 = FamRB 2007, 65.

2 BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = FamRB 2004, 105; aA *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272 (279).

3 BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, FamRZ 2001, 343.

dungsfolgenvereinbarung die Ehegatten jeweils durch einen Rechtsanwalt **beraten** wurden.

b) Salvatorische Klausel

- 90 Wird in einem Ehevertrag **auf mehrere Rechtspositionen** verzichtet (Güterrecht, Versorgungsausgleich, Unterhalt), so stellt sich die Frage, ob bei **Bestehen einer salvatorischen Klausel** nach § 139 BGB dennoch alle Regelungsbereiche unwirksam sind. Nach den Kriterien der Entscheidung des BVerfG¹ kann sich der Verzicht auf andere Regelungsbereiche als den Unterhalt dann auf die Unterhaltsvereinbarung auswirken, wenn durch diese im **Rahmen einer Gesamtschau eine einseitige Benachteiligung** eintritt, so etwa, wenn durch den Bezug von Zugewinn oder von Renten aus dem Versorgungsausgleich die wirtschaftliche Lage der Ehefrau ausgewogen wäre. Aufgrund einer Gesamtschau können danach trotz der salvatorischen Klausel auch andere Regelungsbereiche unwirksam sein², weil für jeden Bereich getrennt die Voraussetzungen der Entscheidung des BVerfG zu prüfen sind. Nach den Grundsätzen des BVerfG ist es unerheblich, in welcher Weise die wirtschaftliche Absicherung des schwächeren Ehegatten gewährleistet wird; sie kann sowohl durch Unterhalt als auch durch den Versorgungsausgleich und das Güterrecht erreicht werden. Dies könnte zur Ansicht führen, dass nicht alle Teile eines Globalverzichts unwirksam sind, wenn durch einen Teilbereich die wirtschaftliche Sicherung erreicht wird, es sei denn, dass sich die Unwirksamkeit aufgrund der Vorgaben des BVerfG aus § 138 BGB ableitet. In diesem Fall scheidet auch eine Anpassung der einzelnen Teile nach § 242 BGB unter Beibehaltung der restlichen Bestimmungen aus. Zu den Voraussetzungen einer Teilnichtigkeit wird auf die Ausführungen zu Rn. 16 ff. verwiesen.

14. Wirksamkeit eines Verzichts bei Ausgleichsleistungen

- 91 Wird in einem Ehevertrag eine Ausgleichsleistung für den Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt oder den Versorgungsausgleich vorgesehen, so ist zunächst zu prüfen, ob die Vereinbarung überhaupt einer Wirksamkeitskontrolle i.S.d. § 138 BGB unterliegt. Dies ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen; die Vereinbarung einer Ausgleichsleistung spricht aber dafür, dass eine **ungerechte Lastenverteilung gerade vermieden werden sollte**. Es ist deshalb festzustellen, ob die Ausgleichsleistung nach Art und Höhe geeignet ist, die sich bei den Unterhaltsansprüchen der §§ 1570, 1571, 1572 BGB ergebende Bedürftigkeit auszugleichen. Hierbei muss der im Zeitpunkt des Entstehens des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs **kapitalisierte Wert** (i.S.d. § 1585 Abs. 2 BGB – **Abfindung**; Rn. 93 f.) ermittelt und in Bezug zur Ausgleichsleistung gesetzt werden. Liegt eine erhebliche Wertabweichung vor, sind regelmäßig die Voraus-

1 BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, FamRZ 2001, 343.

2 S. auch *Schubert*, FamRZ 2001, 735 (736).

setzungen einer Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zu prüfen. Dies gilt vor allem, wenn nachvertragliche Änderungen eingetreten sind, also beispielsweise von einer teilweisen Erwerbstätigkeit des Unterhaltsbedürftigen ausgegangen wird, diese aber ohne Verletzung einer Obliegenheit nicht möglich ist.

Beispiele der Rechtsprechung:

- OLG Köln¹: Durch Ehevertrag, der eine Woche vor der Eheschließung auf Vorschlag des Ehemannes abgeschlossen wurde, hat die damals bereits schwangere (künftige) Ehefrau auf nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich verzichtet. Die Ehefrau war ausgebildete Konzertpianistin und stand am Anfang ihrer beruflichen Entwicklung. Als Ausgleichszahlung wurde für jedes abgelaufene Ehejahr ein pauschaler (statischer) Betrag von 20 000 DM vereinbart, ferner eine auf fünf Jahre begrenzte Mietzahlung für eine Wohnung (monatlich 1000 DM). Das OLG hat aus dem Gesamtgepräge des Ehevertrags (s. Rn. 12 ff.) eine Nichtigkeit sämtlicher Scheidungsfolgen angenommen, weil die Ehefrau keine Möglichkeit gehabt habe, neben der Übernahme der Pflichten in der Ehe (Führung des Haushalts, Erziehung von drei Kindern), eine eigenständige Versorgung aufzubauen.
- OLG Karlsruhe²: Ausschluss des Versorgungsausgleichs durch Ehevertrag gegen Vereinbarung eines nachehelichen vertraglichen Unterhalts bis zur Wiederheirat, der nach Dauer der Ehe gestaffelt wurde und mit einer Preisgleitklausel versehen war, ferner Übertragung einer Eigentumshälfte an einem gemeinsamen Eigenheim. Das OLG hat diesen Ehevertrag für wirksam angesehen und in der Gegenleistung für den Verzicht einen angemessenen Ausgleich angenommen.

15. Zeitliche Begrenzung der Inhaltskontrolle?

Die Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle kann auch **noch viele Jahre nach Scheidung der Ehe**, bei der eine Inhaltskontrolle nicht geltend gemacht wurde, verlangt werden, weil die von BVerfG und BGH entwickelten Grundsätze absolute Geltung beanspruchen. Es kann deshalb auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des durch den Ehevertrag begünstigten Ehegatten eine Verwirkung des Rechts auf die Inhaltskontrolle i.S.d. § 242 BGB angenommen werden. Selbst wenn seit Bestehen der neu entwickelten Grundsätze eine **Bestätigung des früher abgeschlossenen Ehevertrags** erfolgt ist, also neben dem Zeitmoment auch das Umstandsmoment in Form eines Vertrauenstatbestandes vorliegt, verdrängt der Schutzzweck der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle die Grundsätze zur Verwirkung eines Anspruchs.³ Allerdings kann nach allgemeinen Zumutbarkeitsgrundsätzen i.S.d. § 1581 S. 1 BGB die Reduzierung eines im Wege der Inhaltskontrolle eröffneten Unterhaltsanspruchs erfolgen, wenn der Unterhaltspflichtige im Vertrauen auf den Bestand des Ehevertrags leistungsmindernde Verpflichtungen eingegangen ist oder weitere Unterhaltspflichten entstanden sind. Allerdings ist

1 OLG Köln v. 30.6.2009 – 25 UF 44/08, FamRZ 2010, 29.

2 OLG Karlsruhe v. 7.7.2009 – 5 UF 101/06, FamRZ 2010, 34.

3 S. auch OLG Düsseldorf v. 22.9.2005 – II-1 UF 22/05, FamRZ 2006, 793.

der **Eintritt der Verjährung nach §§ 195, 199 BGB beim Zugewinn** zu beachten.

VII. Weitere Fragen zum Abschluss von Unterhaltsvereinbarungen

1. Abfindung des nachehelichen Unterhalts

a) Abschließende Regelung

- 93 Insbesondere bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen wird von geschiedenen Ehegatten eine **Abfindungsregelung** i.S.d. § 1585 Abs. 2 BGB zum nachehelichen Unterhalt angestrebt. Neben den Fragen zur Feststellung der Abfindungssumme sind vor allem einkommensteuerliche Auswirkungen¹ und auch versorgungsrechtliche Fragen einzubeziehen². Mit der Vereinbarung eines Abfindungsbetrags wird von den Beteiligten regelmäßig eine abschließende Regelung getroffen. Hierin liegt der Verzicht des Unterhaltsberechtigten darauf, dass günstige künftige Entwicklungen der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt werden. Der Unterhaltspflichtige will und darf sich, wenn er aufgrund einer wirksamen Vereinbarung eine Kapitalabfindung erbringen muss, andererseits darauf verlassen, dass mit der Erfüllung der Unterhaltsanspruch endgültig erledigt ist. Damit scheidet auch eine Anpassung an veränderte Umstände nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aus; dies gilt auch für den Fall der Wiederheirat, selbst wenn die Abfindung in Form einer Ratenzahlung erfolgt³, um die Höchstgrenzen des einkommenssteuerlichen Realsplittings gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG (jährlich 13 805 Euro) oder außergewöhnlicher Belastungen gem. § 33a Abs. 1 EStG (2011: jährlich 8004 Euro) mehrfach ausnutzen zu können. Die Absicht des Unterhaltsberechtigten, alsbald wieder zu heiraten, hat der BGH im konkreten Fall nicht als Anfechtungsgrund wegen arglistiger Täuschung angesehen.

➔ Praxistipp:

Aus Gründen der Vertragsklarheit sollte in einer Abfindungsvereinbarung der Fall einer möglichen Wiederheirat ausdrücklich angesprochen werden.

b) Höhe der Abfindung

- 94 Die Höhe des Abfindungsbetrags ist nach allgemeinen **Grundsätzen über die Kapitalisierung von Renten** zu bestimmen. Hierzu ist ein Abzinsungsfaktor heranzuziehen, der für langfristige Kapitalanlagen zum Zeit-

1 S. Schwab/Borth, Teil IV Rn. 927 ff.

2 ZB Einzahlung eines Abfindungsbetrags in die gesetzliche Rentenversicherung als Ausgleich der Heiratserstattung nach § 282 SGB VI.

3 BGH v. 10.8.2005 – XII ZR 73/05, FamRZ 2005, 1662 = FamRB 2005, 320.