



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### BESCHLUSS

XII ZB 544/20

Verkündet am:  
22. September 2021  
Kappel,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR:                      ja

BGB §§ 242 D, 1578 Abs. 3; EStG § 10 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 1a Nr. 1

- a) Dem Empfänger von Altersvorsorgeunterhalt obliegt es, die erhaltenen Unterhaltsbeträge in einer für die spätere Erzielung von Alterseinkünften geeigneten Form anzulegen. Statt freiwillige Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung einzuzahlen, kann er auch eine private Rentenversicherung abschließen (im Anschluss an Senatsurteil vom 25. Oktober 2006 - XII ZR 141/04 - FamRZ 2007, 117). Dass diese ein Kapitalwahlrecht vorsieht, steht nicht entgegen.
- b) Aufgrund des Unterhaltsrechtsverhältnisses obliegt es zwar grundsätzlich beiden (geschiedenen) Ehegatten, ihre (Gesamt-)Einkommensteuerbelastung möglichst gering zu halten. Der Unterhaltsberechtigte ist aber, insbesondere im Rahmen des steuerlichen Realsplittings, nicht gehalten, den Altersvorsorgeunterhalt in einer zum Sonderausgabenabzug berechtigenden zertifizierten Rentenversicherung (hier sog. Rürup-Rente) anzulegen.

BGH, Beschluss vom 22. September 2021 - XII ZB 544/20 - OLG Düsseldorf  
AG Mettmann

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 2021 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Günter und Dr. Botur und die Richterin Dr. Krüger

für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 6. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. November 2020 wird auf Kosten des Antragsgegners zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligten sind geschiedene Ehegatten. Sie streiten über den Ausgleich von Steuernachteilen nach Durchführung des begrenzten steuerlichen Realsplittings.
- 2 Die 1989 geschlossene Ehe der Beteiligten ist seit dem 16. November 2011 rechtskräftig geschieden. In einer der Scheidung vorausgegangenen Scheidungsfolgenvereinbarung vom 3. Mai 2011 hatte sich der Antragsgegner (im Folgenden: Ehemann) zur Zahlung monatlichen nahehelichen Elementarunterhalts (1.600 €), Altersvorsorgeunterhalts (500 €) und Krankheitsvorsorgeunterhalts verpflichtet. Die Antragstellerin (im Folgenden: Ehefrau) zahlt die auf die Altersvorsorge entfallenden Unterhaltsbeträge seit Dezember 2011 in eine private Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht ein, welche ab dem 1. Dezember 2024 eine

monatliche Rente von 303,14 € oder wahlweise eine Kapitalabfindung von 82.514 € vorsieht.

3 Nach Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung erteilte die Ehefrau dem Ehemann die Zustimmung zur Durchführung des begrenzten Realsplittings. Für die Folgejahre bis einschließlich des Veranlagungszeitraums 2016 ersetzte der Ehemann der Ehefrau, die selbst nur über geringe Einkünfte unterhalb des einkommensteuerlichen Grundfreibetrags verfügt, jeweils auf entsprechende Aufforderung die gegen sie festgesetzten Einkommensteuerbeträge.

4 Im vorliegenden Verfahren begehrt die Ehefrau den Ausgleich des ihr für das Jahr 2017 entstandenen Steuernachteils von 466 €. Der Ehemann begehrt mit seinem Widerantrag die Rückzahlung des von ihm für das Jahr 2016 geleisteten Erstattungsbetrags von 572 €. Er beruft sich darauf, dass die Ehefrau durch eine steuerlich günstigere Anlage des gezahlten Altersvorsorgeunterhalts ihre Einkommensteuerpflicht vollständig habe vermeiden können.

5 Das Amtsgericht hat dem Antrag stattgegeben und den Widerantrag abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt dieser seinen Abweisungs- und Widerantrag weiter.

## II.

6 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

7 1. Das Oberlandesgericht hat seine in FamRZ 2021, 355 veröffentlichte Entscheidung damit begründet, der Antragsgegner sei gemäß § 242 BGB im

Rahmen des zwischen den Beteiligten bestehenden Unterhaltsrechtsverhältnisses zum Ausgleich des für das Jahr 2017 nachgewiesenen Steuernachteils verpflichtet.

- 8 Die Antragstellerin habe keine Obliegenheit getroffen, den Altersvorsorgeunterhalt für eine steuerlich begünstigte Anlageform zu verwenden. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers liege das Schwergewicht der Altersvorsorge zwar auf der freiwilligen Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung. Dem Unterhaltsberechtigten stehe aber die Wahl der Altersvorsorge grundsätzlich frei. Er sei gleichermaßen berechtigt, auf eine private Kapitallebensversicherung mit oder ohne Rentenwahlrecht auszuweichen oder aber Immobilien, Wertpapiere oder Fondsbeteiligungen zu erwerben. Insoweit würden die Grundsätze des Bundesgerichtshofs zur sekundären Altersvorsorge auch für den Altersvorsorgeunterhalt gelten.
- 9 Steuerliche Belange des Unterhaltspflichtigen habe der Unterhaltsberechtigte bei der Auswahl der Altersvorsorge nicht zu beachten. Sinn und Zweck des Altersvorsorgeunterhalts sei es vielmehr, dem unterhaltsberechtigten Ehegatten einen eigenständigen Versorgungsanspruch zu verschaffen. Belange des Unterhaltspflichtigen seien nur insoweit geschützt, als dieser eine zweckwidrige Verwendung des Altersvorsorgeunterhalts durch den Berechtigten dem Unterhaltsanspruch entgegenhalten könne. Durch eine Obliegenheit zur steuergünstigsten Anlage würde hingegen das Recht auf freie Wahl der Altersvorsorge aufgeweicht.
- 10 Unabhängig davon habe die Ehefrau für ihre Auswahl der Altersvorsorge beachtenswerte Gründe vorgebracht. Sie habe aufgrund ihrer bestehenden Morbus Hodgkin-Erkrankung auf die Vererblichkeit der von ihr gewählten Altersvorsorge verwiesen, ferner auf die Notwendigkeit, gegebenenfalls kurzfristig über einen höheren Kapitalbetrag verfügen zu können. Überdies berufe sie sich zu

Recht auf den Vertrauensgrundsatz. Denn der Ehemann habe über Jahre hinweg den geforderten Nachteilsausgleich gezahlt und damit bei der Ehefrau das berechnete Vertrauen begründet, dass er auf die Art der Anlage keinen Wert lege.

11 Dementsprechend sei der Widerantrag des Ehemanns unbegründet, un-  
abhängig davon, dass eine Anspruchsgrundlage hierfür nicht ersichtlich sei.

12 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

13 a) Nach der Rechtsprechung des Senats besteht eine Verpflichtung zur  
Zustimmung des unterhaltsberechtigten Ehegatten zum begrenzten Realsplitting  
grundsätzlich nur, wenn der Unterhaltsverpflichtete die finanziellen Nachteile  
ausgleicht, die dem Berechtigten aus der Zustimmung erwachsen (Senatsurteile  
vom 17. Februar 2010 - XII ZR 104/07 - FamRZ 2010, 717 Rn. 10 und vom  
29. April 1998 - XII ZR 266/96 - FamRZ 1998, 953, 954 mwN).

14 Der Anspruch des Berechtigten auf Nachteilsausgleich ist ein Anspruch  
eigener Art, der weder von der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten noch von  
der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen abhängt (Senatsurteil vom 9. Ok-  
tober 1985 - IVb ZR 39/84 - FamRZ 1985, 1232, 1233; vgl. BFH FamRZ 2008,  
888 zur steuerlichen Behandlung des Nachteilsausgleichs). Die auf das Realsplit-  
ting bezogenen Verpflichtungen beider Seiten sind Ausprägungen des Grundsatzes  
von Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Rahmen des zwischen ihnen beste-  
henden gesetzlichen Unterhaltsrechtsverhältnisses (Senatsurteil vom 9. Oktober  
1985 - IVb ZR 39/84 - FamRZ 1985, 1232, 1233).

15 Der Unterhaltsberechtigte ist durch den Nachteilsausgleich so zu stellen,  
dass ihm der gezahlte Unterhalt ungeschmälert verbleibt. Daher sind vom Unter-  
haltspflichtigen grundsätzlich sämtliche Nachteile auszugleichen, die durch die

Durchführung des Realsplittings verursacht worden sind (Senatsurteil vom 17. Februar 2010 - XII ZR 104/07 - FamRZ 2010, 717 Rn. 10 mwN).

16            b) Der Unterhaltsberechtigte ist allerdings nach Treu und Glauben gehalten, die durch das steuerliche Realsplitting entstehenden Nachteile möglichst gering zu halten.

17            Eine Obliegenheit, die (Gesamt-)Einkommensteuerbelastung möglichst gering zu halten, trifft beide Beteiligte des Unterhaltsrechtsverhältnisses gleichermaßen. Sie dient dem Zweck, eine ungerechtfertigte Verminderung der Leistungsfähigkeit auf Seiten des Unterhaltspflichtigen wie auch eine ungerechtfertigte Erhöhung der Bedürftigkeit auf Seiten des Unterhaltsberechtigten zu vermeiden. Ausdruck dieses Grundsatzes sind insbesondere auch die Verpflichtungen zur Zustimmung zum steuerlichen Realsplitting durch den Unterhaltsberechtigten und zu dessen Geltendmachung durch den Unterhaltspflichtigen (Senatsurteile vom 12. Januar 1983 - IVb ZR 348/81 - FamRZ 1983, 670, 673 und vom 23. März 1983 - IVb ZR 369/81 - FamRZ 1983, 576, 577; Niepmann/Seiler Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 14. Aufl. Rn. 931 mwN). Ähnlich verhält es sich bei der Verpflichtung der Ehegatten zur Mitwirkung an der Zusammenveranlagung während der Ehe (vgl. Senatsurteile vom 18. November 2009 - XII ZR 173/06 - FamRZ 2010, 269 Rn. 11 ff. und vom 23. Mai 2007 - XII ZR 250/04 - FamRZ 2007, 1229).

18            Dementsprechend ist der Anspruch auf Nachteilsausgleich auf die Nachteile beschränkt, die dem Unterhaltsberechtigten bei Erfüllung der ihn treffenden Obliegenheiten entstehen.

19            aa) Ob es dem Unterhaltsberechtigten in diesem Rahmen obliegt, die sich aus dem Realsplitting ergebende Steuerschuld zu vermindern, indem er den ihm gewährten Altersvorsorgeunterhalt in Form einer zum Sonderausgabenabzug

berechtigenden zertifizierten Rentenversicherung (hier sog. Rürup-Rente nach § 2 AltZertG) anlegt, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur unterschiedlich beurteilt.

20 Eine Auffassung bejaht diese Frage (OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1684, 1685 f.; grundsätzlich auch Wendl/Dose/Gutdeutsch Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis 10. Aufl. § 4 Rn. 872 f.; MünchKommBGB/Maurer 8. Aufl. § 1578 Rn. 854).

21 Dagegen vertreten andere mit dem Oberlandesgericht die Meinung, dass auch in Bezug auf das Realsplitting eine Wahlfreiheit des Unterhaltsberechtigten bestehe (Borth FamRZ 2021, 356 f.; jurisPK-BGB/Clausius [Stand: 19. August 2021] § 1578 Rn. 82.1; wohl auch Ruetten NZFam 2016, 506; vgl. auch OLG Stuttgart FamRZ 2018, 1081, 1082 allgemein zur Zweckbindung).

22 bb) Nach zutreffender Auffassung besteht grundsätzlich keine Obliegenheit des Unterhaltsberechtigten zum Abschluss einer zum Sonderausgabenabzug berechtigenden zertifizierten Rentenversicherung.

23 (1) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist der Altersvorsorgeunterhalt gemäß § 1578 Abs. 3 BGB ein zweckgebundener, in der Entscheidung besonders auszuweisender Bestandteil des nachehelichen Unterhalts, den der Berechtigte für eine entsprechende Versicherung zu verwenden hat. Im Fall einer zweckwidrigen Verwendung der als Vorsorgeunterhalt geleisteten Beträge ist der Unterhaltsgläubiger so zu behandeln, als hätten diese zu einer entsprechenden Versicherung geführt (Senatsbeschluss BGHZ 224, 54 = FamRZ 2020, 171 Rn. 35 mwN).

- 24 Dem Unterhaltsberechtigten steht es dabei frei, den Altersvorsorgeunterhalt nach § 1578 Abs. 3 BGB als freiwillige Leistung in die gesetzliche Rentenversicherung einzuzahlen oder ihn ganz oder teilweise für eine private Altersvorsorge, insbesondere eine private Rentenversicherung, zu verwenden (Senatsurteil vom 25. Oktober 2006 - XII ZR 141/04 - FamRZ 2007, 117, 119 mwN; vgl. Rubenbauer/Dose FamRZ 2020, 1974, 1977 f.).
- 25 Wenn der Unterhaltsberechtigte - wie im vorliegenden Fall - eine private Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht abschließt, hält sich dies im Rahmen der Zweckbindung. Der Zweck des Altersvorsorgeunterhalts besteht darin, dass die aus dem angesparten Kapital fließenden Renteneinkünfte zur Deckung des Bedarfs im Alter zur Verfügung stehen. Durch eine optionale Kapitalleistung wird dieser Zweck nicht beeinträchtigt. Das gilt jedenfalls dann, wenn die vertragliche Fälligkeit der Kapitalleistung der erstmaligen Fälligkeit der Rentenleistung entspricht und ein vorzeitiger Bezug der vertraglichen Versicherungsleistung nicht möglich ist. Dass auch andere Leistungsformen als die Rentenleistung eine geeignete Altersvorsorge darstellen, wird nicht zuletzt durch die Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 3 Halbsatz 2 VersAusglG bestätigt, wonach unter anderem auch auf Kapitalleistung gerichtete Anrechte dem Versorgungsausgleich unterliegen können.
- 26 Eine private Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht lässt sich sodann im Fall der Ausübung des Kapitalwahlrechts bei der künftigen Unterhaltsbemessung vereinfacht in der Weise berücksichtigen, dass der optional mögliche Rentenbezug nach Treu und Glauben als unterhaltsrechtliches Einkommen des Unterhaltsberechtigten zu berücksichtigen ist.
- 27 Die Rechtsbeschwerde zieht damit übereinstimmend die Eignung der von der Ehefrau gewählten Altersvorsorge für sich genommen nicht in Zweifel. Der

Senat sieht darüber hinaus keine Veranlassung, seine Rechtsprechung zum Abzug der zusätzlichen Altersvorsorge beim Unterhaltspflichtigen und gegebenenfalls beim Unterhaltsberechtigten (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 223, 203 = FamRZ 2020, 21 Rn. 35, 43 ff. mwN) - wie das Oberlandesgericht meint - auf die Verwendung des Altersvorsorgeunterhalts zu übertragen.

28           (2) Durch die Anlage des Altersvorsorgeunterhalts in einer gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. b Satz 2 EStG aufgrund der Kapitalisierbarkeit des Rentenanspruchs nicht zum Sonderausgabenabzug berechtigenden Rentenversicherung verstößt der Unterhaltsberechtigte auch nicht gegen weitere Obliegenheiten, insbesondere nicht gegen seine Obliegenheit, die ihm durch das Realsplitting entstehende Steuerbelastung möglichst gering zu halten.

29           Ist das Interesse des Unterhaltspflichtigen an einer zweckentsprechenden Verwendung des Altersvorsorgeunterhalts gewahrt, kann der Unterhaltsberechtigte die Anlage- und Leistungsform grundsätzlich frei wählen. So kann es etwa in seinem schützenswerten Interesse liegen, eine bereits von ihm unterhaltene zusätzliche Altersvorsorge aufzustocken. Durch die Gestaltung der konkreten Leistungsform kann aber vor allem auch individuellen Bedürfnissen des Unterhaltsberechtigten Rechnung getragen werden. Dementsprechend bleibt es grundsätzlich der Entscheidung des Unterhaltsberechtigten vorbehalten, welches geeignete Altersvorsorgeprodukt seinen Bedürfnissen am besten gerecht wird. Das gilt auch, wenn im Einzelfall mit weniger Kosten verbundene oder ertragreichere Anlageformen zur Verfügung stehen (vgl. Senatsurteil vom 25. März 1987 - IVb ZR 32/86 - FamRZ 1987, 684, 686 mwN).

30           Dem steht kein überwiegendes Interesse des Unterhaltspflichtigen an der Erzielung von Steuerersparnissen gegenüber. Denn aufgrund der Durchführung des Realsplittings erzielt der Unterhaltspflichtige regelmäßig einen steuerlichen

Vorteil, der den Betrag des Nachteils auf Seiten des Unterhaltsberechtigten ohnehin übersteigt. Das gilt erst recht, wenn der Realsplittingvorteil sich nicht durch entsprechende Einkommenserhöhung auf Seiten des Unterhaltspflichtigen auf die Unterhaltsbemessung ausgewirkt hat (vgl. Senatsurteile BGHZ 175, 182 = FamRZ 2008, 968 Rn. 36 ff.; vom 23. Mai 2007 - XII ZR 245/04 - FamRZ 2007, 1232 Rn. 19 f. und BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793 Rn. 41 f.).

31            Hinzu kommt, dass sich aus der Wahl einer privaten kapitalgedeckten Altersversorgung im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. b litt. aa EStG ohnedies nur ein beschränkter dauerhafter Steuervorteil ergibt. Zwar berechtigt diese zum Abzug der Versicherungsbeiträge als Sonderausgaben. Die damit verbundene Steuerersparnis ist dennoch jedenfalls zum Großteil nur vorläufiger Natur. Denn daraus folgt gemäß § 22 Nr. 1 Satz 3 lit. a litt. aa EStG im Wege der sogenannten nachgelagerten Besteuerung eine Einkommensteuererhebung auf die aus dem jeweiligen Vertrag später bezogenen Rentenleistungen (mit dem vom Beginn der Rentenzahlung abhängigen jeweiligen Besteuerungsanteil). Dagegen unterliegt bei einer nicht zum Sonderausgabenabzug berechtigenden Anlageform nach § 22 Nr. 1 Satz 3 lit. a litt. bb EStG nur der wesentlich niedrigere Ertragsanteil der Rentenleistung der Besteuerung.

32            cc) Im Ergebnis rechtfertigen die berechtigten Interessen des Unterhaltspflichtigen eine Einschränkung der Wahlfreiheit des Unterhaltsberechtigten zwischen mehreren geeigneten Formen der zusätzlichen Altersvorsorge grundsätzlich nicht. Die insgesamt bei Abschluss einer zertifizierten Rentenversicherung nur geringe und zum großen Teil auch nur vorübergehende Steuerentlastung vermag eine derart weitgehende Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Unterhaltsberechtigten nicht zu begründen. Im Regelfall muss der Unterhaltspflichtige die vom Unterhaltsberechtigten getroffene Wahl vielmehr respektieren.

33 Nur ausnahmsweise kann eine entsprechende Obliegenheit neben einer durch Unterhaltsvereinbarung übernommenen Verpflichtung des Unterhaltsberechtigten zur Anlage in einer zertifizierten Rentenversicherung angenommen werden, wenn dieser eine der zertifizierten Versicherung vergleichbare Anlageform wählt und der damit verbundene Steuernachteil auch aus seiner Sicht nicht durch andere Vorteile aufgewogen wird.

34 c) Nach den genannten Maßstäben hat der Ehemann die der Ehefrau entstandenen Steuernachteile in vollem Umfang auszugleichen.

35 Durch die Anlage der Vorsorgebeträge in einer privaten Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht hat die Ehefrau ihre Obliegenheit zur zweckentsprechenden Anlage des Altersvorsorgeunterhalts erfüllt. Dass sie keine zertifizierte und zum Sonderausgabenabzug berechtigende Rentenversicherung abgeschlossen hat, stellt nach den genannten Maßstäben für sich genommen keine Obliegenheitsverletzung dar.

36 Besondere Einzelfallumstände, die ausnahmsweise eine Obliegenheit zum Abschluss einer zertifizierten Rentenversicherung begründen könnten, liegen nicht vor. Die Ehefrau hat vielmehr mit der bei ihr bestehenden Erkrankung einen nachvollziehbaren Grund dafür angegeben, dass sie mit Eintritt der Fälligkeit der vertraglichen Versicherungsleistung ein besonderes Interesse an einem Kapitalwahlrecht hat. Die von den Beteiligten geschlossene Unterhaltsvereinbarung enthält überdies keine auf eine zertifizierte Versicherung gerichtete Verpflichtung. Dementsprechend erstattete der Antragsgegner die in den Vorjahren von der Ehefrau als Nachteilsausgleich angemeldeten Beträge, ohne sich nach der konkreten Anlageform zu erkundigen. Schließlich ist der durch das Realsplitting erzielte Vorteil des Ehemanns jedenfalls höher als die jeweils auszugleichen-

den Nachteile. Der Vorteil schlägt sich wegen des in der getroffenen Vereinbarung festgelegten konkreten Unterhaltsbedarfs wiederum zugunsten des Ehemanns nicht in einer entsprechenden Erhöhung des Unterhalts nieder.

Dose

Klinkhammer

Günter

Botur

Krüger

Vorinstanzen:

AG Mettmann, Entscheidung vom 05.05.2020 - 45 F 291/19 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.11.2020 - II-6 UF 92/20 -