



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 217/01

Verkündet am:
2. Juni 2004
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1573 Abs. 1, 2 und 4, 1578; EStG § 7 g

Zur Berechnung des unterhaltsrelevanten Einkommens eines Selbständigen anhand des Durchschnitts seines in den drei dem streitigen Unterhaltszeitraum vorausgegangenen Jahren erzielten Einkommens, wenn der Unterhaltspflichtige in diesen drei Jahren Ansparabschreibungen nach § 7 g EStG getätigt hat, die er jedoch mangels Verwirklichung der ursprünglich geplanten Investitionen später auflösen muß.

BGH, Urteil vom 2. Juni 2004 - XII ZR 217/01 - OLG Schleswig
AG Neumünster

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren, in dem bis zum 14. April 2004 Schriftsätze eingereicht werden konnten, durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz und Dose

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Antragstellers wird das Urteil des 5. Senats für Familiensachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 9. August 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es der Berufung der Antragsgegnerin stattgegeben und die Berufung des Antragstellers zurückgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 6.731 €.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die seit dem 8. Februar 2000 rechtskräftig geschiedenen Parteien, aus deren Ehe Kinder nicht hervorgegangen sind, streiten um nachehelichen Unterhalt ab Rechtskraft der Scheidung. Dabei geht es insbesondere um die Frage, welches anrechenbare Einkommen des selbständig tätigen Antragstellers angesichts 1997 bis 1999 vorgenommener Ansparanschreibungen (§ 7 g EStG)

zugrunde zu legen ist, nachdem er in der Folgezeit die ursprünglich geplanten Investitionen nicht getätigt hat.

Das Amtsgericht hat den Antragsteller ab Rechtskraft der Scheidung zu monatlichen Unterhaltszahlungen von 1.332 DM (Elementarunterhalt) verurteilt und die weitergehende Klage auf Zahlung von 303,86 DM Krankenvorsorgeunterhalt abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt, mit der die Antragsgegnerin klageerweiternd höheren Unterhalt verlangt und der Antragsteller eine Reduzierung seiner Unterhaltsverpflichtung auf monatlich 1.232 DM erstrebt.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Antragstellers zurückgewiesen und ihn unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Antragsgegnerin zu Unterhaltszahlungen in unterschiedlicher Höhe zwischen monatlich 1.819,22 DM und 3.114,67 DM (ab August 2000 einschließlich Altersvorsorgeunterhalt von bis zu 713,50 DM monatlich) verurteilt.

Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Antragstellers, mit der er sein Begehren weiterverfolgt, nur einen Elementarunterhalt von monatlich 1.232 DM zahlen zu müssen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision hat Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Denn die angefochtene Entscheidung hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht ist von folgenden Feststellungen ausgegangen, die die Revision nicht angreift:

Die 1959 geborene Antragsgegnerin verfügt über keine abgeschlossene Berufsausbildung. Sie war während der Ehe ab Juni 1990 mit Unterbrechungen - zuletzt bis Mitte Januar 2000 vollschichtig - berufstätig, von Februar bis April 2000 auf 630-DM-Basis beschäftigt und bezog ab Mitte Mai 2000 teils sozialversicherungspflichtige Einkünfte, teils Arbeitslosengeld.

Der Antragsteller, der bis Juni 2000 einen familienbedingten Kredit mit monatlich 649 DM ablöste, erzielte 2000 als selbständiger EDV-Dozent einen Jahresgewinn von 88.938 DM. Er macht geltend, in diesem Jahr seien seine Einnahmen aufgrund im einzelnen dargelegter wesentlicher Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse stark rückläufig gewesen. In den Jahren 1997 bis 1999 betrug sein Gewinn vor Ansparabschreibungen 60.078,57 DM, 112.510,59 DM und 98.500,64 DM bzw. nach Abzug der Ansparabschreibungen (insgesamt 182.450 DM) 29.328,57 DM, 12.510,59 DM und 46.800,64 DM.

2. Das Berufungsgericht billigt der Antragsgegnerin für die Zeit vom 8. Februar bis 30. April 2000 Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit gemäß § 1573 Abs. 1 BGB, für die Zeit vom 15. Mai 2000 bis 15. Februar 2001 und vom 1. Juni bis 4. Juli 2001 Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB und für

die Zeit ihrer Arbeitslosigkeit (1. bis 14. Mai 2000, 16. Februar bis 31. Mai 2001 sowie ab 5. Juli 2001) einen Unterhaltsanspruch nach § 1573 Abs. 4 BGB zu. Insoweit hat es bei seiner Unterhaltsberechnung das jeweilige Einkommen der Antragsgegnerin im Wege der Differenzmethode einbezogen.

Dieser Ausgangspunkt wird von der Revision nicht angegriffen und läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

3. Ferner billigt das Berufungsgericht der Antragsgegnerin für die Zeit ab 1. August 2000 Altersvorsorgeunterhalt nach § 1578 Abs. 3 BGB zu.

Die Revision macht insoweit geltend, die Antragsgegnerin habe ihren Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt ursprünglich selbst mit 500 DM beziffert. Mehr habe ihr daher - zumindest rückwirkend - nicht zugesprochen werden dürfen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, daß die Antragsgegnerin mit ihrer Berufungsbegründung vom 20. Juli 2000 klageerweiternd monatlich 2.500 DM Gesamtunterhalt (Elementar-, Kranken- und Altersvorsorgeunterhalt) ab August 2000 gefordert und den Altersvorsorgeunterhalt dabei lediglich "vorläufig" mit 500 DM beziffert hatte, kann das Gericht bei der Bemessung des Elementarunterhalts im Verhältnis zum Vorsorgeunterhalt weitgehend unabhängig von Parteierklärungen verfahren. Ein Verstoß gegen § 308 ZPO liegt insoweit nicht vor, solange kein höherer als der mit der Klage geltend gemachte Gesamtunterhalt zugesprochen wird (vgl. Senatsurteil vom 7. Dezember 1988 - IVb ZR 23/88 - FamRZ 1989, 483, 485 zu 3 c). Der vom Berufungsgericht zugesprochene Gesamtunterhalt bleibt jeweils unter den Monatsbeträgen, die die Antragstellerin - teilweise nach sukzessiven Klageerhöhungen - in der letzten Tatsachenverhandlung beantragt hatte.

4. Die angefochtene Entscheidung kann gleichwohl (unabhängig von der Behandlung der Ansparabschreibungen) keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht für einzelne Zeitabschnitte Unterhaltsbeträge zugesprochen hat, die zwar im Rahmen der zuletzt gestellten Anträge der Antragsgegnerin bleiben, aber über die Beträge hinausgehen, die sie ursprünglich für den jeweiligen Unterhaltsabschnitt rechtshängig gemacht oder für die sie Prozeßkostenhilfe beantragt hatte (§ 1613 Abs. 1 BGB), da eine sonstige Mahnung oder Aufforderung des Antragstellers zur Auskunftserteilung nicht ersichtlich ist.

Die Forderung einer geringeren Unterhaltssumme begründet keinen Verzug hinsichtlich eines höheren als des geforderten Betrages (vgl. Senatsurteil vom 26. Mai 1982 - IVb ZR 715/80 - FamRZ 1982, 887, 890 unter B 1). Auch ein Prozeßkostenhilfesuch, das einer Mahnung gleichsteht, begründet mit seinem Zugang an den Unterhaltspflichtigen dessen Verzug nur hinsichtlich der jeweils geforderten Beträge. Die Antragsgegnerin hatte im erstinstanzlichen Verfahren aber nur 1.332 DM zuzüglich Krankenvorsorgeunterhalt von 306,86 DM = 1.638,86 DM monatlich verlangt und erstmals mit ihrer Berufungsbegründung vom 20. Juli 2000, dem Antragsteller zugestellt am 24. Juli 2000, höheren laufenden Gesamtunterhalt in Höhe von 2.500 DM beantragt. Erst in der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 2001 erhöhte sie diese Forderung auf 3.200 DM monatlich ab 15. Februar 2001 und mit Schriftsatz vom 21. März 2002 in unterschiedlicher Höhe auch für die in diesem Zeitpunkt bereits vergangenen Unterhaltszeiträume seit dem 8. Februar 2000.

Das Berufungsgericht hätte ihr daher gemäß § 1613 Abs. 1 BGB Unterhalt für die Vergangenheit allenfalls bis zur Höhe derjenigen Beträge zusprechen dürfen, hinsichtlich derer bereits im jeweiligen Unterhaltszeitraum Rechtshängigkeit oder Verzug eingetreten war, also beispielsweise für die Zeit bis Juli 2000 nicht mehr als 1.638,86 DM monatlich.

Ob der Schriftsatz vom 21. März 2001, mit dem die Antragsgegnerin so-
dann ihre Anträge nach einzelnen Zeitabschnitten gestaffelt ermäßigte, in Ver-
bindung mit der entsprechenden Antragstellung in der mündlichen Verhandlung
vom 6. Juni 2001 darüber hinaus als (Teil-) Klagerücknahme auszulegen ist, die
die Voraussetzungen des § 1613 Abs. 1 BGB hinsichtlich der überschießenden
Beträge wieder entfallen ließ (vgl. Senatsurteil vom 26. Januar 1983 - IVb ZR
351/81 - FamRZ 1983, 352, 354 zu B I), bedarf indes keiner Entscheidung, da
das Berufungsurteil ohnehin aufzuheben ist und im Ergebnis geringere Unter-
haltsbeträge zu erwarten sind. Dennoch wird das Berufungsgericht bei seiner
erneuten Entscheidung gegebenenfalls darauf zu achten haben, daß die durch
§ 1613 Abs. 1 BGB gesetzten Grenzen nicht wiederum überschritten werden.

II.

1. Das Berufungsgericht hat seiner Unterhaltsberechnung für das Jahr
2000 ein Einkommen des Antragstellers zugrundegelegt, das es anhand des
Durchschnitts der Betriebsgewinne 1997, 1998 und 1999 ermittelt hat, und ist
für das Jahr 2001 entsprechend anhand der Betriebsgewinne 1998, 1999 und
2000 verfahren. Es hat das anrechenbare Einkommen des Antragstellers auf
dieser Grundlage für 2000 mit monatlich 5.800,04 DM (nach Wegfall der Darle-
henstilgung ab Juli 2000: 6.449,04 DM) und für 2001 mit monatlich
7.250,70 DM zugrundegelegt.

Dabei hat es den steuerlich relevanten Gewinnen des Antragstellers in
den Jahren 1997, 1998 und 1999, auf die in diesen Jahren keine Steuern zu
entrichten waren bzw. (1999) gezahlt wurden, die in diesen Jahren jeweils vor-
genommenen Ansparabschreibungen hinzugerechnet und insoweit ausgeführt,
die Ansparabschreibungen von insgesamt 182.450 DM hätten unterhaltsrecht-

lich außer Betracht zu bleiben, da ihnen ein tatsächlicher Wertverlust - mangels Vornahme entsprechender Investitionen - nicht gegenüberstehe.

Zugleich hat es abgelehnt, fiktive Steuern auf die so erhöhten Gewinne zu berücksichtigen, da tatsächlich keine Steuern angefallen seien. Auch sei es nicht gerechtfertigt, die mangels tatsächlicher Investitionen demnächst aufzulösenden Ansparabschreibungen und die damit verbundene höhere Steuerbelastung schon jetzt zu berücksichtigen; nach dem "In-Prinzip" seien Steuern erst im Jahr ihrer Entrichtung einkommensmindernd anzurechnen.

Wegen der Frage der unterhaltsrechtlichen Behandlung nach § 7 g EStG gebildeter Ansparabschreibungen hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen.

2. Die Zulassungsfrage stellt sich im vorliegenden Fall nur in eingeschränktem Umfang. Denn im hier allein zu beurteilenden Unterhaltszeitraum ab Februar 2000 hat der Antragsteller weder Ansparabschreibungen vorgenommen noch aufgelöst oder entsprechende Investitionen vorgenommen. Nur wenn dies aber der Fall gewesen wäre, könnten sie die Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens beeinflussen. Insoweit besteht hier ein Unterschied zu dem sonst für die Ermittlung des Einkommens Selbständiger üblichen Vorgehen, wonach grundsätzlich der Durchschnitt des Einkommens der letzten drei Jahre vor dem streitigen Unterhaltszeitraum als Bemessungsgrundlage dient. Im Einzelnen:

a) Bei der sogenannten Ansparabschreibung nach § 7 g EStG handelt es sich um eine Rückstellung für künftige abschreibungsfähige Investitionen; sie stellt sich als vorgezogene Abschreibung und damit wirtschaftlich als eine befristete Kreditierung der Steuerschuld dar. Sie dient der Verbesserung der Liquidi-

tät und Eigenkapitalausstattung kleinerer und mittlerer Betriebe und soll diesen die Vornahme von Investitionen erleichtern.

Dabei gilt Folgendes:

Der steuerpflichtige Gewinn des Veranlagungszeitraums, in dem die Anparabschreibung vorgenommen wird, vermindert sich um die Rücklage für die beabsichtigte Investition. Dadurch sinkt die für diesen Veranlagungszeitraum zu entrichtende Einkommensteuer.

Wird die Investition später mit der Folge getätigt, daß darauf Abschreibungen vorgenommen werden, ist die Rücklage nach Maßgabe des § 7 g Abs. 4 Satz 1 EStG gewinnerhöhend aufzulösen. Unterbleibt die Investition, ist die gebildete Rücklage gemäß § 7 g Abs. 4 Satz 2 EStG nach zwei Jahren (bei Existenzgründern gemäß § 7 g Abs. 7 Nr. 3 EStG nach fünf Jahren) gewinnerhöhend aufzulösen mit der Folge, daß sich der Gewinn nicht nur um den aufgelösten Rücklagenbetrag erhöht, sondern - als Ausgleich für die "fehlgeschlagene" Steuervergünstigung - um einen für jedes volle Kalenderjahr des Bestehens der Rücklage um 6 % erhöhten Betrag (§ 7 g Abs. 5 EStG).

Bereits daraus ist ersichtlich, daß der Zweck dieser Vorschrift weitgehend durchkreuzt würde, wenn die hierdurch erhöhte Liquidität des Unternehmens automatisch eine erhöhte Unterhaltsschuld des Unternehmers zur Folge hätte, da die zusätzlich zur Verfügung stehenden liquiden Mittel gerade nicht in den privaten Konsum fließen sollen, was das letztlich vom Fiskus übernommene Insolvenzrisiko erhöhen würde.

b) Trotz der Unterschiede zwischen Einkommensteuerrecht und Unterhaltsrecht sind bei Einkünften aus selbständiger Arbeit und aus Gewerbebetrieb zur Feststellung des unterhaltsrelevanten Einkommens in erster Linie die steu-

erlichen Jahresabschlußunterlagen heranzuziehen, da andere Hilfsmittel meist nicht zur Verfügung stehen (vgl. Luthin/Margraf Handbuch des Unterhaltsrechts 9. Aufl. Rdn. 1134).

Da Bilanzen und Steuerbescheide jedoch regelmäßig erst längere Zeit nach Ablauf des jeweiligen Veranlagungszeitraums vorgelegt werden können, ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn der Tatrichter das häufig stark schwankende Einkommen selbständig Tätiger anhand der Ergebnisse der drei dem jeweiligen Unterhaltszeitraum vorausgehenden Kalenderjahre ermittelt (vgl. Wendl/Kemper Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 6. Aufl. § 1 Rdn. 274; Luthin/Margraf aaO Rdn. 1135).

Diese Methode darf jedoch nicht als Dogma mißverstanden werden. Die Heranziehung der Ergebnisse der Vorjahre erscheint ausnahmsweise nicht gerechtfertigt, wenn sie keinen zuverlässigen Schluß auf die Höhe des laufenden Einkommens zulassen. Wurden sie nämlich durch außergewöhnliche Ereignisse geprägt oder durch steuerliche Sondereinflüsse verzerrt, die sich im maßgeblichen Dreijahreszeitraum offensichtlich nicht ausgleichen, sind diese außer Betracht zu lassen.

Insoweit stellt sich im vorliegenden Fall zwar durchaus auch die Frage, wie mit Ansparabschreibungen zu verfahren ist, da sich hier, je nachdem ob und in welcher Weise sie zu berücksichtigen sind, ganz erhebliche Veränderungen der Ergebnisse 1997 bis 1999 ergeben.

Das Berufungsgericht hat hier das unterhaltsrelevante Einkommen des Antragstellers im streitgegenständlichen Unterhaltszeitraum errechnet, indem es nicht den Durchschnitt des steuerlichen Gewinns der vorausgegangenen drei Jahre zugrunde gelegt hat, sondern indem es diese Ergebnisse zuvor bereinigt, nämlich dem Gewinn die Beträge der Ansparabschreibungen hinzuge-

rechnet hat, ohne allerdings fiktive Steuern auf die so erhöhten Gewinne zu berücksichtigen. Das ist methodisch verfehlt.

3. Danach erweist sich die Zugrundelegung eines um die Ansparabschreibungen bereinigten und damit erhöhten Gewinns der Jahre 1997 bis 1999 hier schon deshalb als unzutreffend, weil darauf (die Ansparabschreibungen wiederum hinweggedacht) erhebliche Steuern zu entrichten gewesen wären, die das Berufungsgericht hier außer Ansatz gelassen hat. Richtig ist zwar, daß für die Unterhaltsberechnung Steuern grundsätzlich nur in dem Zeitraum zu berücksichtigen sind, in dem sie tatsächlich entrichtet wurden. Das ist aber dann nicht gerechtfertigt, wenn offensichtlich ist, daß sich die Verschiebungen zwischen dem Entstehen der Steuerschuld und ihrer Begleichung innerhalb eines Dreijahreszeitraums, zumindest aber innerhalb eines gegebenenfalls zugrunde zu legenden Fünfjahreszeitraums, ausnahmsweise nicht weitgehend ausgleichen (vgl. Senatsurteil vom 1. Oktober 1986 - IVb ZR 68/85 - FamRZ 1987, 36, 37; Wendl/Kemper aaO § 1 Rdn. 274).

Im vorliegenden Fall erweist sich die Annahme eines weitgehenden Ausgleichs innerhalb des zugrunde gelegten Dreijahreszeitraums aber als offensichtlich verfehlt. Sowohl die hier für die Unterhaltsberechnung 2000 zugrunde gelegten Ergebnisse der Jahre 1997 bis 1999 als auch die für die Unterhaltsberechnung 2001 zugrunde gelegten Ergebnisse der Jahre 1998 bis 2000 sind dadurch gekennzeichnet, daß ein solcher Ausgleich steuerlicher Auswirkungen innerhalb dieses Zeitraumes gerade nicht stattgefunden hat. Deshalb kann der Durchschnitt des in den Vorjahren erzielten Betriebsgewinns vor Ansparabschreibungen und Steuern hier nicht ohne Korrektur als Maßstab für den im Unterhaltszeitraum erzielten Gewinn zugrundegelegt werden (vgl. auch Heiß/Linderer Unterhaltsrecht 45. Kap. Rdn. 36a; Schwab/Borth Handbuch des Scheidungsrechts 4. Aufl. Kap. IV Rdn. 761; vgl. auch Göppinger/Strohal Un-

terhaltsrecht 8. Aufl. Rdn. 663 ff.). Vielmehr ist diejenige Steuerbelastung - fiktiv - zu berücksichtigen, die den Antragsteller ohne die Ansparabschreibungen getroffen hätte.

Daß - fiktiv - Steuern in Ansatz zu bringen sind, wird im vorliegenden Fall möglicherweise auch für das im Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung noch nicht abgeschlossene Unterhaltsjahr 2001 in Betracht kommen. Insoweit hatte zwar außer Betracht zu bleiben, daß der Antragsteller die Ansparabschreibungen mangels durchgeführter Investitionen mit der Folge einer hohen Steuerbelastung aufzulösen haben wird, da er damit nach seinem eigenen Vortrag erst ab 2002 beginnen wollte. Der Umstand, daß der Antragsteller in den Jahren zuvor keine Steuern entrichtet hat, vermag aber nicht die Annahme zu rechtfertigen, er werde auch 2001 den Bruttogewinn erneut netto vereinnahmen können, ohne die Einkommensteuer 2000 zahlen oder zumindest Einkommensteuervorauszahlungen nach § 37 EStG erbringen zu müssen.

4. Auch aus einem anderen Grunde erweist es sich als verfehlt, der Einkommensermittlung die in den Vorjahren erzielten Gewinne des Antragstellers zugrunde zu legen. Zu Recht macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe den - von der Antragsgegnerin nicht bestrittenen - Vortrag beachten müssen, seine Einnahmen seien rückläufig, weil ein bei ihm beschäftigter Dozent gekündigt habe und auch seine Lebensgefährtin wegen der Geburt eines Sohnes nicht mehr in seinem Betrieb mitarbeiten könne, so daß er seine Umsätze nur noch allein erzielen könne.

Dem steht nicht entgegen, daß der Jahresgewinn 2000 (vor Steuern) unstrittig 88.938 DM betrug und sich damit in dem Rahmen bewegte, den das Berufungsgericht anhand der Ergebnisse der Vorjahre zugrundegelegt hat. Denn die Umstände, die die Struktur des Betriebes des Antragsgegners ent-

scheidend verändert haben, sind erst im Laufe des Jahres 2000 eingetreten und können sich somit auf dieses Jahr nur teilweise ausgewirkt haben. Deshalb erscheint es nicht gerechtfertigt, auch für das Jahr 2001 ein Durchschnittseinkommen zugrunde zu legen, das in einem Zeitraum erzielt wurde, der zum größten Teil noch durch nicht unerheblichen Fremdpersonaleinsatz gekennzeichnet war (Personalkosten 1999 57.587,78 DM und 2000 53.106,06 DM).

Wegen der Unsicherheit der weiteren Entwicklung hätte das Berufungsgericht daher nicht von einer weiteren Steigerung des Jahresgewinns 2001 auf (299.943,31 DM : 3 =) rund 100.000 DM ausgehen, sondern allenfalls den 2000 erzielten Gewinn vor Steuern als auch für 2001 erzielbar ansehen dürfen.

III.

Nach alledem kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben. Der Senat sieht sich zu einer eigenen Entscheidung nicht veranlaßt, da die Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens in erster Linie dem Tatrichter

vorbehalten ist. Die erneute Verhandlung wird dem Antragsteller zudem Gelegenheit geben, sein im maßgeblichen Zeitraum erzielttes Einkommen nunmehr anhand inzwischen vorliegender Jahresabschlüsse zu belegen.

Hahne

Sprick

Weber-Monecke

Wagenitz

Dose