

# **Das eigene Familienheim im Unterhaltsrecht**

Dr. Lambert Krause  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Familienrecht  
Waldshut-Tiengen und Wurmlingen (Tuttlingen)

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Wohnvorteil und Wohnkosten.....</b>	<b>1</b>
1.1	Wohnvorteil .....	1
1.1.1	Grundsatz.....	1
1.1.2	Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages .....	1
1.1.3	Zeit ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages.....	1
1.2	Wohnkosten .....	4
1.2.1	Nebenkosten .....	4
1.2.2	Instandhaltungsrücklage .....	4
<b>2</b>	<b>Hausschulden.....</b>	<b>5</b>
2.1	Zugewinnngemeinschaft .....	5
2.1.1	Grundsatz.....	5
2.1.2	Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages .....	5
2.1.3	Zeit ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages.....	5
2.1.3.1	Doppelverwertungsverbot .....	6
2.1.3.2	Unzulässige Vermögensbildung .....	6
2.1.3.3	Aspekt der zusätzlichen Altersvorsorge .....	6
2.2	Gütertrennung .....	7
2.3	Gütergemeinschaft .....	7
<b>3</b>	<b>Erlösverwendung bei Verkauf .....</b>	<b>7</b>
3.1	Verkauf an Dritten .....	7
3.2	Übernahme durch einen Ehegatten.....	8
<b>4</b>	<b>Schulden nach Verkauf .....</b>	<b>8</b>
4.1	Grundsatz.....	8
4.2	Vorrang der minderjährigen und privilegiert volljährigen Kinder .....	8
4.2.1	Doppelte Berechnung.....	9
4.2.2	Zahlungsunfähigkeit oder drohende Zahlungsunfähigkeit .....	9
4.2.3	Besondere Umstände des Einzelfalles .....	10
<b>5</b>	<b>Verpflichtung zur Veräußerung von Immobilienvermögen.....</b>	<b>12</b>

## **1 Wohnvorteil und Wohnkosten**

### **1.1 Wohnvorteil**

#### **1.1.1 Grundsatz**

Wer mietfrei im eigenen Haus oder der eigenen Wohnung lebt, zieht Nutzungen aus seinem Vermögen gemäß § 100 BGB, da er andernfalls Miete zahlen müsste. Der darin liegende wirtschaftliche Vorteil wirkt sich auf den Unterhalt aus. Die gesparten Aufwendungen sind wie Einkommen zu berücksichtigen.<sup>1</sup>

Ob das Familienheim im Alleineigentum eines Ehegatten steht oder im Miteigentum beider, ist dabei unerheblich, ebenso, ob gegebenenfalls der Alleineigentümer der im Objekt verbliebene Ehegatte ist oder der andere.

#### **1.1.2 Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages**

Besonderheiten gelten für die erste Phase der Trennung: Unter Beachtung des Umstandes, dass der die Wohnung oder das Haus verlassende Ehegatte dem anderen den vollen Wohnwert erst einmal aufdrängt, ist für diese erste Phase statt auf den vollen (d.h. objektiven) Wohnvorteil nur auf den angemessenen (d.h. subjektiven) Wohnvorteil abzustellen.

Der subjektive Wohnvorteil ist unabhängig von der objektiven Situation der Betrag, den der im Objekt verbleibende Ehegatte unter Berücksichtigung seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine für ihn angemessene kleinere Wohnung unter Beachtung des ehelichen Lebensstandards zahlen würde.<sup>2</sup> Der tatsächliche objektive Mietwert (objektiver Wohnvorteil) ist dabei die Obergrenze des Wohnwertes, also der maximale Wohnvorteil. Es sind also beide Werte zu sehen. Der niedrigere ist maßgeblich.

#### **1.1.3 Zeit ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages**

Grundsätzlich endet diese Phase, in der auf den subjektiven Wohnvorteil abzustellen ist, wenn nicht mehr zu erwarten ist, dass die eheliche Lebensgemeinschaft wiederhergestellt wird.<sup>3</sup> Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Scheidungsantrag rechtshängig gemacht wird oder die Ehegatten über ihre Vermögensverhältnisse sonst eine

---

<sup>1)</sup> BGHZ 154, 247 ff.

<sup>2)</sup> BGH FamRZ 2013, 191.

<sup>3)</sup> BGH NJW 2014, 1531 ff. (1532).

abschließende Regelung treffen.<sup>4</sup> Allein der Ablauf des Trennungsjahres ist nicht ausreichend.<sup>5</sup>

Ab diesem Zeitpunkt besteht die Obliegenheit, die eigene Wohnung bzw. das eigene Haus einer möglichst ertragreichen Nutzung und Verwertung zuzuführen. Der im Objekt Verbliebene ist dann verpflichtet, das Objekt gegebenenfalls teilweise zu vermieten bzw. daran mitzuwirken oder auch auszuziehen, um eine wirtschaftlich bessere Nutzung zu ermöglichen.<sup>6</sup>

Die Obliegenheitspflicht besteht im Rahmen der Zumutbarkeit.<sup>7</sup>

Folge der Unterscheidung zwischen dem subjektiven und dem objektiven Wohnvorteil ist, dass dem Ehegatten, der im Familienheim lebt, Verzögerungen entgegen kommen bzw. für ihn kein Anlass besteht, die Einleitung des Scheidungsverfahrens zu forcieren. Denn so kommt er länger in den Genuss, dass ihm nur der subjektive Wohnwert angerechnet wird, den er für eine neu angemietete Wohnung aufwenden würde und nicht der objektive Mietwert, was ihm nützt, unabhängig davon, ob er unterhaltsberechtig ist oder unterhaltspflichtig.

Die Darlegungs- und Beweislast trifft allerdings den Ehegatten, der sich weiterhin darauf beruft, der subjektive Wohnwert sei maßgeblich. Grundsätzlich wird unterstellt, dass die bessere als die tatsächlich erfolgte Verwertung des Familienheims möglich ist.

Ausnahme: Macht der im Objekt Verbliebene geltend, es sei für ihn unzumutbar auszuziehen, so kann er mit seinem Vortrag Erfolg haben, wenn dies unter Berufung auf sein Alter und seine Erkrankungen geschieht. So wurde die Obliegenheit, aus dem Objekt auszuziehen und es zu vermieten, verneint, als der im Objekt, das bisher fünf Personen zu Wohnzwecken gedient hatte, allein Verbliebene bereits 65 Jahre alt und zu 50 % behindert war, ausweislich eines Versorgungsbescheides wegen Halbseitenempfindungsstörung und Hirninfarkt sowie eines degenerativen Lendenwirbelsäulenleidens.<sup>8</sup>

Die Höhe des subjektiven Wohnwertes richtet sich nach dem Einkommen des im Objekt lebenden Ehegatten.

---

<sup>4)</sup> BGH FamRZ 2012, 514.

<sup>5)</sup> BGH FamRZ 2013, 191.

<sup>6)</sup> BGH FamRZ 2000, 950 ff. (951).

<sup>7)</sup> BGH FamRZ 2000, 950 ff. (951).

<sup>8)</sup> OLG Jena NJW-RR 2006, 507 ff. (508).

Die Höhe des objektiven Wohnwertes richtet sich dagegen nicht nach einem pauschalen Betrag etwa in Abhängigkeit vom Einkommen (Stichwort Drittelobergrenze).<sup>9</sup> Vielmehr ist auf den tatsächlichen objektiven Mietwert abzustellen.<sup>10</sup> Für dessen Höhe sind als wertbildende Faktoren insbesondere maßgeblich die Zahl der Quadratmeter des Familienheims, die Anzahl der Räume, das Baujahr des Objekts und die individuellen Besonderheiten (Einzelhaus mit Garten oder Wohnung in Wohnanlage usw.).

Gegebenenfalls hat eine sachverständige Begutachtung zu erfolgen. Das ist aber nicht zwangsläufig erforderlich. Der objektive Wohnvorteil kann auch nach § 287 ZPO vom Gericht geschätzt werden. Das Gericht muss dann aber die wertbildenden Faktoren in hinreichendem Maße in die Schätzung einbeziehen und das Ermessen in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausüben.<sup>11</sup> Jedenfalls erste Anhaltspunkte ergeben sich bereits, indem über das Internet nach regionalen Objekten im vergleichbaren Rahmen gesucht wird.

Ist beabsichtigt, die Immobilie zu verkaufen, so kann auch für die Zeit nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags geltend gemacht werden, die Gebrauchsvorteile des Eigenheims seien nur in Höhe des angemessenen, also subjektiven Wohnwertes zu berücksichtigen, da eine Vermietung die Möglichkeit der Veräußerung erschwert. Auch ist es denkbar, in dieser Situation über den genannten Zeitpunkt hinaus nicht nur die Zinsen bezüglich des oder der Darlehen in Ansatz zu bringen, sondern auch die Tilgungsleistungen. Es ist dann aber darauf hinzuwirken, dass die Darlehensraten gestreckt und erniedrigt werden. Dies hat der BGH für den Kindesunterhalt entschieden.<sup>12</sup>

Wird das Familienheim veräußert, so ist der Erlös als Surrogat des mietfreien Wohnens anzusehen. Gemeint sind die Zinsen oder auch der Wohnwert des ersatzweise angeschafften Wohnraums.<sup>13</sup>

Exkurs:

- Ist nur Minderjährigenunterhalt zu zahlen, so ist die volle Marktmiete anzusetzen wegen der gesteigerten Unterhaltspflicht.<sup>14</sup>
- Beim Elternunterhalt ist auch ein Wohnwert anzusetzen.<sup>15</sup> Dabei wird er gewissermaßen aus der ersten Phase der Trennung konserviert. Es ist der angemessene Wohnwert anzusetzen, nicht der objektive.<sup>16</sup>

---

<sup>9)</sup> BGH FamRZ 1998, 899 ff. (902); generell zur Drittelobergrenze: Wohlgemuth, FamRZ 1999, 621 ff.; zur Auswirkung bei negativem Wohnwert im Mangelfall: Riegner, FamRZ 2000, 265 f.

<sup>10)</sup> BGHZ 154, 247 ff.

<sup>11)</sup> BGH FamRZ 2008, 1325.

<sup>12)</sup> BGH FamRZ 2014, 923 ff.

<sup>13)</sup> OLG Köln, FamFR 2013, 275; BGH MDR 2014, 660 f. = NJW-Spezial 2014, 356 f.

<sup>14)</sup> BGH FamRB 2014, 203 f. (Liceni-Kierstein).

<sup>15)</sup> OLG Hamm FamRZ 2013, 1146.

<sup>16)</sup> BGH FamRZ 2013, 868.

## 1.2 Wohnkosten

### 1.2.1 Nebenkosten

Als Nebenkosten beim Familienheim gelten die Aufwendungen, die als allgemeine Grundstückskosten bzw. –lasten anfallen.<sup>17</sup> Um pragmatisch zwischen den Nebenkosten, die auf den Mieter umgelegt werden können und denen zu unterscheiden, bei denen dies nicht der Fall ist, teilt der BGH in die verbrauchsabhängigen und die verbrauchsunabhängigen Nebenkosten ein.<sup>18</sup>

- Die verbrauchsabhängigen Nebenkosten hat derjenige zu tragen, der das Objekt nutzt und diese Kosten also verursacht. Auf die Höhe des zu zahlenden bzw. forderbaren Unterhaltes nehmen sie keinen Einfluss.<sup>19</sup>
- Die verbrauchsunabhängigen Nebenkosten sind dagegen zu berücksichtigen. Zu den verbrauchsunabhängigen Nebenkosten zählen die Kosten für Grundsteuer, Brandversicherung, Haushaftpflicht, Kaminkehrer, Aufzug, Hausreinigung, Gebäudeversicherung<sup>20</sup> und vergleichbaren Posten.

Deshalb kann der Ehegatte, der nach der Trennung weiterhin die Beiträge an die WEG bzw. den Hausverwalter zahlt, diese als Abzugsposten geltend machen. Erst der so verringerte Betrag ist das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen.

### 1.2.2 Instandhaltungsrücklage

Instandhaltungsrücklagen sind als Abzugsposten anzuerkennen.<sup>21</sup>

Es ist allerdings erforderlich, dass einzelfallbezogen auch die Bildung einer Instandhaltungsrücklage notwendig ist oder jedenfalls plausibel gemacht wird, zudem, dass eine Ansparung separat auf einem separaten Konto o.ä. erfolgt.

Wer nicht aufgrund einer konkreten Absprache der Ehegatten und nach längerer bisheriger Übung vor der Trennung eine Instandhaltungsrücklage bildet, hat im Zweifel darzutun und zu beweisen, für welche konkrete Maßnahme sie erfolgt. Es ist möglichst konkret darzustellen, wann bspw. das Dach saniert, das Haus neu gestrichen, die Teppichböden erneuert werden sollen und welcher Aufwand dabei anfällt. Es ist zulässig, auf eine solche mögliche Maßnahme hin zu sparen. Es gibt aber keine Möglichkeit, eine Instandhaltungsrücklage zu berücksichtigen, wenn keine konkrete Maßnahme am Familienheim notwendig ist und in absehbarer Zeit durchgeführt werden soll.

---

<sup>17)</sup> BGHZ 154, 247 ff.

<sup>18)</sup> BGHZ 154, 247 ff.

<sup>19)</sup> BGHZ 154, 247 ff.

<sup>20)</sup> BGH FamRZ 2000, 351 ff. (354).

<sup>21)</sup> BGH FamRZ 2000, 351 ff. (354).

Weiter ist darauf zu achten, was für Maßnahmen mit den in Ansatz gebrachten Instandhaltungsrücklagen durchgeführt werden sollen. „Instandhaltungskosten können unterhaltsrechtlich nur insoweit einkommensmindernd berücksichtigt werden, als es sich um notwendigen Erhaltungsaufwand handelt und nicht um solchen für Ausbauten und wertsteigernde Verbesserungen, die der Vermögensbildung dienen.“<sup>22</sup>

## **2 Hausschulden**

### **2.1 Zugewinnngemeinschaft**

#### **2.1.1 Grundsatz**

Die zur Finanzierung der Immobilie eingegangenen Verbindlichkeiten sind als regelmäßig wiederkehrende Belastungen, die die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt haben, abzugsfähig, bevor der Quotenunterhalt errechnet wird.<sup>23</sup>

Das gilt unproblematisch bis zur Höhe des Wohnwertes. Gehen die Verbindlichkeiten darüber hinaus, so sind sie zu berücksichtigen im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung, wobei es insbesondere auf den Zweck der Verbindlichkeiten, den Zeitpunkt und die Art ihrer Entstehung, die Kenntnis des Unterhaltsberechtigten von Grund und Höhe der Unterhaltsschuld und auf andere Umstände ankommt. Berücksichtigt werden müssen auch die Möglichkeiten des Unterhaltsschuldners, seine Leistungsfähigkeit in zumutbarer Weise ganz oder teilweise wiederherzustellen. Schulden, die leichtfertig, für luxuriöse Zwecke oder ohne verständlichen Grund eingegangen sind, bleiben unberücksichtigt.<sup>24</sup>

#### **2.1.2 Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages**

Uneingeschränkt sind die Belastungen in der Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags abzugsfähig. Bis zu diesem Zeitpunkt erfolgt insbesondere keine Differenzierung nach dem Zins- und dem Tilgungsanteil betreffend die monatliche Darlehensrate.

#### **2.1.3 Zeit ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages**

Ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages ist hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeiten auf Besonderheiten zu achten.

---

<sup>22)</sup> BGH FamRZ 2005, 1159 ff. (1160).

<sup>23)</sup> BGH FamRZ 1984, 358 ff. (360).

<sup>24)</sup> BGH FamRZ 2002, 815 ff. (817 f.).

### **2.1.3.1 Doppelverwertungsverbot**

Jede Vermögensposition darf in der familienrechtlichen Auseinandersetzung nur einmal berücksichtigt werden. Weil es sonst zu einer doppelten Verwertung der Schulden käme, ist es gängige Praxis und ständige Rechtsprechung, dass ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages grundsätzlich nur noch die Zinsen aus einem Darlehensvertrag bei der Unterhaltsberechnung in Ansatz gebracht werden können, aber nicht mehr der Tilgungsanteil.

Das Argument, wonach es zu einer Doppelverwertung eines Teiles des Darlehens, nämlich des Tilgungsanteiles, kommt, wenn die Darlehensverbindlichkeiten in vollem Umfang nach Rechtshängigkeit der Scheidung zum Abzug bei der Berechnung des Unterhaltes zugelassen werden, ist fragwürdig.<sup>25</sup> Es ist nämlich nicht erkennbar, welche weitere Berücksichtigung des Tilgungsanteils erfolgt, wird bzw. würde er bei der Unterhaltsberechnung als Abzugsposten zugelassen.

Dem das Darlehen bedienenden Ehegatten verbleibt allerdings auf diese Weise die Möglichkeit, für die Zeit ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages den Gesamtschuldnerausgleich geltend zu machen, wenn das Familienheim im gemeinsamen Eigentum steht.

### **2.1.3.2 Unzulässige Vermögensbildung**

Unzulässig ist die Vermögensbildung auf Kosten des Unterhaltes.<sup>26</sup> Auch aus diesem Grunde wird es abgelehnt, den Tilgungsanteil eines Darlehens ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen.

### **2.1.3.3 Aspekt der zusätzlichen Altersvorsorge**

Unter einem anderen Aspekt kommt der Abzug des Tilgungsanteils eines Hausdarlehens zumindest teilweise in Betracht. Allgemein besteht die Möglichkeit, bis zu 4 % des vorjährigen Bruttoeinkommens als zusätzliche Altersvorsorge aufzuwenden. Dies kann auch geschehen, indem Tilgungsleistungen auf Hausschulden als Altersvorsorgeaufwendungen in diesem Sinne erbracht werden.

Soweit Tilgungsleistungen als Altersvorsorge geltend gemacht und bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt werden, entfällt dann allerdings die Möglichkeit, zusätzlich auch noch den Gesamtschuldnerausgleich verlangen zu können.

---

<sup>25)</sup> Systematische Betrachtung der Problematik: Maier, FamRZ 2006, 897 ff.

<sup>26)</sup> BGH FamRZ 1984, 149 ff. (151).



Einschränkend ist zu beachten, dass diese Abzugsmöglichkeit beim Kindesunterhalt erst besteht, wenn der Mindestunterhalt gesichert ist.

## **2.2 Gütertrennung**

Hausschulden werden, wenn Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung leben, ebenso behandelt wie beim Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

Nicht ist dies dann der Fall, wenn das Familienheim im Alleineigentum nur eines Ehegatten steht. Denn dann profitiert von der mit der Tilgung verbundenen Vermögensbildung einseitig nur der Unterhaltspflichtige und nicht, wie dies der Fall wäre, wenn der gesetzliche Güterstand vorläge, auch der Unterhaltsberechtigte.<sup>27</sup>

## **2.3 Gütergemeinschaft**

Leben Ehegatten im Güterstand der Gütergemeinschaft, so ist es ebenfalls so, dass die monatlichen Belastungen für das Familienheim in vollem Umfang, d.h. mit dem Zins- und dem Tilgungsanteil bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen sind in der Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages und nur noch mit dem Zinsanteil in der Zeit danach.

## **3 Erlösverwendung bei Verkauf**

### **3.1 Verkauf an Dritten**

Verkaufen die Ehegatten ihr Familienheim an einen Dritten, so bedeutet dies: Der Ertrag des beim Verkauf sich ergebenden Erlöses beeinflusst die Unterhaltsberechnung.

Füglich streiten lässt sich, welcher Ertrag aus dem Erlösanteil zu erwirtschaften ist. Aus § 1577 I BGB ergibt sich für den unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten die Pflicht, sein Vermögen so ertragreich wie möglich anzulegen. Vom Erlös aus dem Verkauf eines bisher bewohnten Familienheims darf er nicht ohne weiteres einfach ein anderes Eigenheim kaufen, wenn durch eine verzinsliche Anlage des Kapitals höhere Erträge zu erwirtschaften wären. Evtl. muss er sein Vermögen umschichten. Vermögenserträge, die er zumutbar erzielen könnte, tatsächlich aber nicht erzielt, mindern als fiktives Einkommen seine Bedürftigkeit.<sup>28</sup> Jedem Berater ist es unbenommen, darzutun und näher zu belegen, welchen besseren Ertrag der Gegner bei einer konkreten anderen Geldanlage erzielen würde.

---

<sup>27)</sup> BGH, Urteil vom 04.08.2010 – XII ZR 7/09, FamRZ 2010, 1633 ff. (1631).

<sup>28)</sup> BGH FamRZ 1998, 87 ff. (89); für den Unterhaltspflichtigen gilt dasselbe.

### 3.2 Übernahme durch einen Ehegatten

Übernimmt statt eines Dritten einer der Ehegatte den Hausanteil des anderen, so ist dies wie die Übernahme durch einen Dritten zu behandeln.<sup>29</sup> Auswirkungen auf den Unterhalt hat es in folgender Hinsicht:

- Ab Übernahme des Miteigentumsanteils ist der volle Wohnwert als Nutzungsvorteil für die Unterhaltsberechnung anzusetzen, auch wenn der Scheidungsantrag zu diesem Zeitpunkt noch nicht eingereicht wurde.
- Zahlungen, die für den Erwerb des Anteils zu erbringen sind, sind lediglich mit ihrem Zinsanteil bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen.<sup>30</sup>
- Erträge, die der Übergeber erwirtschaftet, weil er aufgrund der Eigentumsaufgabe einen Erlös erhalten hat, sind bei ihm als Einkommen zu behandeln und senken also den etwa zu zahlenden Unterhalt.
- Werden keine Erträge erwirtschaftet, so ist auf fiktive Kapitalerträge abzustellen, wenn es zumutbar ist, das Kapital verzinslich anzulegen.<sup>31</sup>

## 4 Schulden nach Verkauf

### 4.1 Grundsatz

Insbesondere, wenn Ehegatten nur kurze Zeit Miteigentümer einer Immobilie sind, bevor sie sich trennen und den Grundbesitz verkaufen, ergibt sich häufig ein Verlust. Die mit den nach Verkauf verbleibenden Schulden verbundenen monatlichen Belastungen nehmen Einfluss auf die Unterhaltspflicht.

Prinzipiell werden sie als Belastungen berücksichtigt, die vom prägenden Einkommen abgezogen werden, bevor der Unterhalt bestimmt wird.

### 4.2 Vorrang der minderjährigen und privilegiert volljährigen Kinder

Sind die nach Veräußerung des Familienheims verbleibenden Schulden erheblich, so kann dies beim Kindesunterhalt zu einer Sondersituation führen und zwar bei den minderjährigen Kindern und den ihnen nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB gleichgestellten privilegiert volljährigen Kinder. Der Unterhaltspflichtige kann gehalten sein, ein Insolvenzverfahren einzuleiten, um den Kindern mehr Unterhalt zukommen lassen zu können.<sup>32</sup>

---

<sup>29)</sup> BGH FamRZ 2005, 1159 ff. (1161); Finke, Unterhaltsrecht in der anwaltlichen Praxis, § 5 Rn. 36 ff.

<sup>30)</sup> BGH FamRZ 2005, 1817 ff. mit Anm. Büttner, FamRZ 2005, 1889.

<sup>31)</sup> BGH FamRZ 2005, 1159 ff. (1162).

<sup>32)</sup> BGH FamRZ 2005, 608 ff. (608) (Leitsatz); dazu: Hauß, FamRZ 2006, 306 ff.

Drei Fragen sind in diesem Zusammenhang zu prüfen:

- Würde ein Insolvenzverfahren zu einer Erhöhung des Unterhaltes führen?
- Liegen die Voraussetzungen für ein Insolvenzverfahren vor?
- Ist wegen besonderer Umstände des Einzelfalles trotz Bejahung der vorstehenden beiden Fragen die Einleitung eines Insolvenzverfahrens doch unzumutbar?

#### **4.2.1 Doppelte Berechnung**

Es ist als erstes festzustellen, ob die Einleitung des Insolvenzverfahrens zu einer Erhöhung des Unterhaltes führen würde. Dazu ist stufenweise zu prüfen. Es sind zwei Ergebnisse zu ermitteln:

- Welcher Unterhalt ergibt sich, wenn die Schulden in voller Höhe berücksichtigt werden? Das ist die herkömmliche Berechnung, die ohnehin gemacht wird.
- Welcher Unterhalt ergibt sich, wenn das Insolvenzverfahren eingeleitet wird? Das ist die Berechnung, die anzustellen ist, um herauszufinden, ob die Einleitung eines Insolvenzverfahrens zur Möglichkeit der Zahlung von mehr Unterhalt führt.

Nur wenn sich ein höherer Unterhalt im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zugunsten des Unterhaltes ergibt, ist näher zu prüfen, ob der Pflichtige ein solches einzuleiten hat.

Für eine erste Kontrollbetrachtung muss der Praktiker also das Einkommen des Pflichtigen dem nach § 850 c ZPO pfändungsfreien Teil des Arbeitseinkommens gegenüberstellen. Sind die Schulden höher als diese Differenz, so stellt sich die Frage nach der Einleitung des Insolvenzverfahrens. Sind die Schulden niedriger, so erübrigt sich die weitere Prüfung.

#### **4.2.2 Zahlungsunfähigkeit oder drohende Zahlungsunfähigkeit**

Würde sich der zu zahlende Unterhalt erhöhen, wenn das Insolvenzverfahren eingeleitet wird, so ist weiter und damit als zweite Voraussetzung zu beachten, dass die Einleitung des Insolvenzverfahrens Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO, oder drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO, voraussetzt, § 16 InsO. Naturgemäß kann nicht automatisch und pauschal immer dann verlangt werden, ein Insolvenzverfahren einzuleiten, wenn Schulden zu bedienen sind, auch dann nicht, wenn sie als Folge eines verlustreichen Verkaufs einer Immobilie übrig bleiben.

Der BGH hat offen gelassen und offen lassen können, welchen Beteiligten in diesem Zusammenhang im Einzelnen die Darlegungs- und Beweislast trifft. Im entschiedenen Fall war Zahlungsunfähigkeit ersichtlich gegeben.<sup>33</sup> Er hat aber dem Unterhaltsschuldner die Obliegenheitspflicht auferlegt, das Verfahren gegebenenfalls einzuleiten. Es wird daher zumindest eher an ihm liegen, vorzutragen und zu belegen, weshalb kein Insolvenzverfahren durchlaufen wird. Das entspricht auch dem grundsätzlichen Anliegen, einem minderjährigen Kind den Mindestunterhalt zuzusprechen, ohne von ihm zu verlangen, im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen näher vortragen zu müssen. Es ist Aufgabe des Pflichtigen, darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, warum nur weniger als der Mindestunterhalt gezahlt werden kann.

#### 4.2.3 Besondere Umstände des Einzelfalles

Der Unterhaltspflichtige hat also zunächst eine doppelte Aufgabe, wenn er geltend macht, weniger als den Mindestunterhalt zahlen zu müssen:

- Er muss bereits dartun und beweisen, weshalb er leistungsfähig nur mit einem Betrag ist, der unterhalb des Mindestunterhaltes liegt.
- Macht er geltend, das sei wegen Verbindlichkeiten der Fall, so hat er weiter darzutun und zu beweisen, weshalb kein Insolvenzverfahren durchlaufen wird und keine Pflicht dazu besteht.

Ergibt sich nach vorstehender Kontrollrechnung ein Mehr an Unterhalt für die minderjährigen Kinder aufgrund der Sätze des § 850 c ZPO und liegen die Voraussetzungen für die Einleitung eines Insolvenzverfahrens vor, so besteht dennoch keine Pflicht, ein solches Verfahren einzuleiten, wenn der Unterhaltsschuldner Umstände vorträgt und ggf. beweist, dass ihm dies nicht zumutbar ist.<sup>34</sup>

Es wird die Ansicht vertreten, die an den Unterhaltsschuldner in diesem Zusammenhang zu stellenden Anforderungen seien niedrig zu bemessen. Schließlich handele es sich bei der Einleitung der Verbraucherinsolvenz um „die schärfste Waffe“, wenn der Unterhaltspflichtige „längerfristig auf den Regelbetrag minderjähriger und privilegierter volljähriger Kinder in Anspruch genommen wird und seine Leistungsfähigkeit nachhaltig durch Drittschulden, etwa gegenüber einer Bank, eingeschränkt ist.“<sup>35</sup>

Der Ansicht ist zuzustimmen, aber eher im Sinne einer Kritik am Ansatz des BGH als im Sinne einer erklärenden Erläuterung der Entscheidung. Der BGH bevorzugt einen anderen Weg. Danach besteht ein Vorrang des Unterhaltsanspruchs der Kinder. Der BGH hat klar geäußert:

---

<sup>33)</sup> BGH FamRZ 2005, 608 ff.

<sup>34)</sup> BGH FamRZ 2005, 608 ff. (Leitsatz).

<sup>35)</sup> Wohlgemuth, FamRZ 2005, 2035 ff.

- Durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entfällt zwar auch die Möglichkeit, die bis dahin angefallenen Unterhaltsrückstände beizutreiben. Bei einer späteren Restschuldbefreiung erlöschen sie sogar. Das sei vom Unterhaltsgläubiger aber hinzunehmen.
- Mit dem Insolvenzverfahren sind Kosten verbunden. Dies sei aber kein Argument, das gegen die Verbraucherinsolvenz spreche.
- Die Bestellung eines Treuhänders schränkt den, der das Insolvenzverfahren durchläuft, in seiner wirtschaftlichen Selbstständigkeit ein. Das – so der BGH – sei hinzunehmen.

Bei der anzustellenden Abwägung ist vor allem auf Zeitaspekte einzugehen. Die Dauer des Insolvenzverfahrens einerseits ist der Dauer der Unterhaltspflicht andererseits gegenüberzustellen. Genaue Maßstäbe fehlen. Im entschiedenen Fall hatte der Unterhaltspflichtige, als die Klage erhoben wurde, für noch etwa dreieinhalb Jahre monatlich 375 DM auf ein Darlehen zu zahlen, während der unterhaltsberechtigte Kläger sein 12. Lebensjahr vollendet hatte und noch maximal für acht Jahre Unterhalt zunächst als Minderjähriger und privilegiert Volljähriger verlangen konnte. Der BGH ging von einer Obliegenheit zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz aus.

Helfen wird dem Pflichtigen eher ein anderer Ansatz.<sup>36</sup> Die Einleitung des Insolvenzverfahrens darf für den Unterhaltspflichtigen zu keiner Existenzgefährdung führen. Wer das Insolvenzverfahren durchläuft, der ist in dieser Hinsicht aber erheblichen Risiken ausgesetzt. Seine persönliche Zuverlässigkeit wird infrage gestellt, in manchen Bereichen droht der Widerruf der Erlaubnis zur Berufsausübung. Auch ansonsten besteht die Gefahr von Kündigungen von für die Berufsausübung wesentlichen Verträgen. Die Überlegungen zur Frage einer Existenzgefährdung münden in dem Satz von Schürmann: „Bei selbständiger Tätigkeit wird regelmäßig die Fortsetzung des Betriebes gefährdet sein.“<sup>37</sup>

Der Unterhaltsberechtigte sollte, wenn der Pflichtige geltend macht, er habe hohe Schulden zu bedienen und könne deshalb allenfalls reduziert Unterhalt zahlen, an die Obliegenheit erinnern, das Insolvenzverfahren einzuleiten, damit mehr Masse für die Unterhaltsansprüche der minderjährigen und privilegiert volljährigen Kinder zur Verfügung steht. Ist für solche Unterhalt zu zahlen, so profitiert auch der eventuell daneben noch unterhaltsberechtigte Ehegatte oder geschiedene Ehegatte davon. Es ist auch daran zu denken, selbst einen entsprechenden Antrag auf Einleitung des Insolvenzverfahrens zu stellen.

Der Unterhaltspflichtige selber muss sich seiner Obliegenheit bewusst sein, gegebenenfalls das Insolvenzverfahren einzuleiten. Stellt er keinen Antrag, so hat er dazu Stellung zu nehmen, warum er das unterlässt. Er mag dazu gute Gründe haben. Die hat er vorzutragen.

---

<sup>36)</sup> Schürmann, FamRZ 2005, 887 ff. (888).

<sup>37)</sup> Schürmann, FamRZ 2005, 887 ff. (888).

Es dürfte in jedem Fall sinnvoll sein, wenn der unterhaltspflichtige Schuldner das Gespräch mit seinen Gläubigern sucht.<sup>38</sup> Diese sind oft, wenn es ihm ernst ist, zu erheblichem Entgegenkommen bereit, zumindest bei der Frage der Höhe der monatlichen Belastung, teilweise aber auch in Bezug auf einen teilweisen Schuldenerlass. Ein seriös durchgeführtes Insolvenzverfahren scheut sozusagen jeder Gläubiger. Solcherart durchgeführte Bemühungen sind zudem geeignet, die eigene Position im Unterhaltsverfahren zu stärken.

## **5 Verpflichtung zur Veräußerung von Immobilienvermögen**

Sonstiges Vermögen ist grundsätzlich für den Unterhalt einzusetzen. Bei Immobilienvermögen hat dies zur Folge, dass es gegebenenfalls zu veräußern ist, um es zinsbringend anzulegen und die Zinsen für den Unterhalt einzusetzen.

Anderes gilt nur, wenn die so notwendige Vermögensverwertung unwirtschaftlich oder unter Beachtung der beiderseitigen Interessen unbillig ist, § 1577 Abs. 3 BGB.

Vor diesem Hintergrund entschied das OLG Karlsruhe, dass eine Frau ihr Vermögen, das sie neben ihrer Eigentumswohnung besaß, in der sie selber lebte, insgesamt zu verwerten hatte. Es bestand aus Wertpapieren, Barvermögen und zwei bewohnbaren Hütten in Schweden. Der Senat billigte ihr ein Schonvermögen von 10.000 € daraus zu. Sodann ermittelte das Gericht anhand der Sterbetafel die zu erwartende weitere Lebensdauer der Frau, bestimmte bei 1,5 % als Zinssatz das sich ergebende Kapital zuzüglich Zinsen und verteilte sie auf die restliche Lebenszeit. Der sich ergebende monatliche Betrag wurde als Einkommen angesehen.<sup>39</sup>

Stand: Mittwoch, 6. Januar 2016

---

<sup>38)</sup> Darauf hebt zu Recht ab Wohlgemuth, FamRZ 2005, 2035 ff.

<sup>39)</sup> OLG Karlsruhe NJW-Spezial 2014, 36.