

2 UF 43 / 08
5 F 31 / 08



Verkündet am: 30. Oktober 2008
Kussin, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäfts-
stelle des Oberlandesgerichts

OBERLANDESGERICHT HAMM
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In der Familiensache
des Herrn

Antragstellers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Schauwienold, Beethovenstr. 15, 58452
Witten

g e g e n

Frau

Antragsgegnerin und Berufungsgegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 2. Senat für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm durch den
Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Reinken und die Richter am
Oberlandesgericht Walter und Prautsch auf die mündliche Verhandlung vom 23.9.2008
für Recht erkannt:

Das Scheidungsverbundurteil des Amtsgerichts – Familiengericht – vom 20.2.2008 wird im Ausspruch zum Ehegattenunterhalt in Absatz 4 seines Tenors unter Zurückweisung der weitergehenden Berufungen der Parteien im übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Der Antragsteller wird verurteilt, an die Antragsgegnerin für die Zeit ab Rechtskraft der Scheidung am 2008 bis einschließlich September 2008 monatlich 510 € (davon 127 € Krankenvorsorgeunterhalt und 383 € Elementarunterhalt) und für die Zeit ab Oktober 2008 monatlich 422 € (davon 127 € Krankenvorsorgeunterhalt und 295 € Elementarunterhalt) - fällig zum 1. eines jeden Monats im voraus - zu zahlen. Im übrigen wird der Antrag der Antragsgegnerin auf Zahlung von Ehegattenunterhalt abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten im Rahmen der Scheidungsfolgesache Unterhalt um die Höhe des der Antragsgegnerin zustehenden Ehegattenunterhalts.

Der am geborene Antragsteller und die am geborene Antragsgegnerin haben am die Ehe miteinander geschlossen. Die vier aus der Ehe hervorgegangen Kinder (geboren am), (geboren am), (geboren am) und (geboren am) leben seit der Trennung der Parteien Anfang 2004 bei der Antragsgegnerin. Sie wohnt mit den gemeinsamen Kindern in einer, im Alleineigentum ihrer Mutter stehenden, Eigentumswohnung.

Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin eines fremdfinanzierten - in gelegenen - Mehrfamilienhauses. Aus den drei darin gelegenen Wohnungen erzielt sie Mieteinnahmen.

Durch Vergleich vor dem Amtsgericht – Familiengericht – im Verfahren hat sich der Antragsteller zur Zahlung monatlichen Kindesunterhalts für und in Höhe von je 247 €, für in Höhe von 199 € und für in Höhe von 186,50 € verpflichtet. Diese Beträge werden seit spätestens Mai 2008 gezahlt.

Die Antragsgegnerin hat erstinstanzlich beantragt,

den Antragsteller zur Zahlung eines, zum 1. eines jeden Monats im voraus fälligen, Elementarunterhalts in Höhe von 693 €, eines Krankenvorsorgeunterhalts in Höhe von 127 € und eines Altersvorsorgeunterhalts in Höhe von 84 € (insgesamt: 904 € monatlich) nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinsatz für etwaige Unterhaltsrückstände zu verurteilen.

Der Antragsteller hat beantragt,

den Antrag der Antragsgegnerin auf Zahlung von Ehegattenunterhalt abzuweisen.

Das Familiengericht hat den Antragsteller im Scheidungsverbund verurteilt, an die Antragsgegnerin, fällig zum 1. eines jeden Monats im voraus, einen Elementarunterhalt von monatlich 343 € sowie einen Altersvorsorgeunterhalt von 84 € monatlich nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinsatz für etwaige Unterhaltsrückstände zu zahlen. Dabei ist es von einem Nettoeinkommen des Antragstellers in Höhe von € aus seiner Tätigkeit als Geschäftsführer, in Höhe von € aus gewerblicher Vermietung und Verpachtung und in Höhe von € aus privater Vermietung und Verpachtung ausgegangen. Außerdem hat es ihm einem Nutzungsvorteil für den Firmenwagen in Höhe von € und einem Wohnwert in Höhe von € zugerechnet. Auf Seiten der Antragsgegnerin hat es die Zurechnung fiktiver

Einkünfte – über die tatsächlich erwirtschafteten Einkünfte hinaus – abgrenzen.
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils vom 20.2.008 (Bl. 361 ff. d. A.) verwiesen.

Dagegen richtet sich die Berufung beider Parteien.

Der Antragsteller ist der Ansicht, das Familiengericht habe sein Nettoeinkommen aus nicht selbständiger Tätigkeit als Geschäftsführer falsch berechnet. Es habe nicht berücksichtigt, dass der Nutzungsvorteil für den Firmenwagen bereits in seinem, in den Gehaltsbescheinigungen ausgewiesenen, Nettolohn enthalten sei. Die Darlehnsrückzahlung auf einen Kredit (200 € monatlich), den er für einen der Antragsgegnerin überlassenen Firmenwagen zu leisten habe, sei zu Unrecht nicht einkommensmindernd berücksichtigt worden. Gleiches gelte für die nicht berücksichtigten Tilgungsleistungen auf Grundstücksdarlehn. Der ihm zuzurechnende Wohnwert sei zu hoch bemessen worden. Im Übrigen sei die Antragsgegnerin nicht unterhaltsbedürftig. Sie müsse sich fiktive Einkünfte aus einer halbschichtigen Tätigkeit zurechnen lassen. Soweit sie keine positiven Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erziele, treffe sie die Obliegenheit, das in ihrem Eigentum stehende Hausgrundstück zum Zwecke der Deckung ihres Bedarfs zu verwerten.

Er beantragt,

das erstinstanzliche Scheidungsverbundurteil dahingehend abzuändern, dass der Antrag der Antragsgegnerin auf Zahlung von Ehegattenunterhalt abgewiesen wird, hilfswise den Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin zeitlich zu befristen, bzw. auf den angemessenen Lebensbedarf zu begrenzen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Scheidungsverbundurteils nach ihrem Antrag zum Ehegattenunterhalt aus erster Instanz zu erkennen.

Sie ist der Ansicht, der Antragsteller müsse sich zusätzliche Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit als Gesellschafter der . . . zurechnen lassen. Er sei verpflichtet, entsprechende Gewinne aus der . . . zu realisieren, bzw. sich ausschütten zu lassen. Dazu behauptet sie, die in den Gewinnermittlungen ausgewiesenen Verluste würden nicht den tatsächlichen Gewinn der Firma wiedergeben. Die im Jahr 200. . . vorgenommenen Investitionen seien nicht notwendig gewesen. Die Abschreibungen entsprächen nicht dem tatsächlichen Wertverlust der abgeschriebenen Objekte. Aufwendungen für Abraum- und Abfallbeseitigung sowie für Betriebsbedarf in 200. . . seien nicht, jedenfalls nicht in dem ausgewiesenen Umfang, angefallen. Im Übrigen ist sie der Ansicht, der dem Antragsteller zuzurechnende Nutzungsvorteil für den Firmenwagen sei vom Familiengericht zu niedrig bemessen worden. Dieser liege nach den Kostentabellen des ADAC bei mindestens 1.000 € monatlich. Wegen des Zusammenlebens mit der Lebenspartnerin sei sein Selbstbehalt zu reduzieren. Die von ihr tatsächlich erzielten Einkünfte seien unterhaltsrechtlich nicht berücksichtigungsfähig.

Wegen des übrigen Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf den Inhalt des Berichterstattervermerks zum Senatstermin vom 23.9.2008 Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Antragstellers hat nur in geringem Umfang ab Oktober 2008 Erfolg. Die Berufung der Antragsgegnerin hat nur in dem aus dem Tenor dieses Urteils ersichtlichen Umfang für die Zeit bis einschließlich September 2008 Erfolg.

A)

Der Antragsgegnerin steht gegen den Antragsteller ein Anspruch auf Ehegattenunterhalt gem. den §§ 1570, 1573 Abs. 1, 1574 Abs. 3 BGB zu. Sie ist infolge der Betreuung und Erziehung der gemeinsamen Kinder daran gehindert, eine bedarfsdeckende Erwerbstätigkeit auszuüben. Soweit ihr eine teilschichtige Erwerbstätigkeit zuzumuten ist, scheidet die Anrechnung fiktiven Einkommens an der Obliegenheit der

Antragsgegnerin sich fortbilden zu lassen, um eine angemessene Erwerbstätigkeit ausüben zu können.

Die Verpflichtung des Antragstellers zur Zahlung von Ehegattenunterhalt besteht seit Rechtskraft der Scheidung. Rechtskraft ist eingetreten am .2008. Zwar endete die gem. § 629a Abs. 3, S. 1 ZPO zu berechnende Frist für die Erhebung der Anschlussberufung der Antragsgegnerin bereits mit Ablauf des Monats nach Zustellung der Berufungsbegründung des Antragstellers vom 18.3.2008. Da die Antragsgegnerin jedoch selbst Berufung gegen die erstinstanzliche Entscheidung eingelegt hat, blieb es ihr unbenommen, das erstinstanzliche Scheidungsverbundurteil bis zum Ablauf der für sie geltenden Berufungsbegründungsfrist im Rahmen der ihr gewährten Fristverlängerung bis zum 23.5.2008 auch im Scheidungsausspruch anzufechten. Ihr Recht zur Anfechtung des Scheidungsausspruchs endete erst mit der Beschränkung ihrer eigenen Berufung auf den Ausspruch zum Ehegattenunterhalt am 21.5.2008. Danach bestand weder für die Antragsgegnerin, noch für den Antragsteller die Möglichkeit, das eingelegte Rechtsmittel – z. B. im Wege der Anschlussberufung gem. § 629a Abs. 3, S. 1 ZPO – auf den Scheidungsausspruch zu erweitern. Der Hauptrechtsmittelführer kann sein Rechtsmittel nach Ablauf der Rechtsmittelfrist grundsätzlich nicht mehr erweitern. Das gilt insbesondere für die Gegenanschließung an eine Anschlussberufung des Berufungsbeklagten (vgl. BGH FamRZ 1986, 455, 456; Zöller-Philippi, Zivilprozessordnung, 26. Aufl., § 629a, Rz. 21). Nichts anderes kann nach dem Sinn und Zweck des § 629a ZPO, möglichst frühzeitig Rechtsklarheit über den Umfang der Anfechtung einer Verbundentscheidung nach § 629 Abs. 1 ZPO zu schaffen, auch für die Anschließung an eine eigenständige Berufung des Rechtsmittelgegners gelten.

Da sich die für die Berechnung des Unterhaltsanspruchs maßgeblichen Umstände in dem vom Senat zu beurteilenden Anspruchszeitraum ändern, ist für die Frage der Höhe des Unterhaltsanspruchs in zwei Zeitabschnitte wie folgt zu unterteilen:

l) Zeitraum vom 21.5.2008 bis einschließlich September 2008

Für diesen Zeitraum steht der Antragsgegnerin gegen den Antragsteller ein Unterhaltsanspruch zu, der in seiner Höhe auf die Leistungsfähigkeit des Antragstellers von 510 € monatlich beschränkt ist.

1)

Dabei geht der Senat auf Seiten des **Antragstellers** von einem anrechenbaren Einkommen aus Erwerbstätigkeit und aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von - aus. Sein Einkommen berechnet sich wie folgt:

Nettoeinkommen aus Geschäftsführertätigkeit	€
Einkünfte aus gewerblicher Vermietung	€
zzgl. Nutzungsvorteil Firmenfahrzeug	€
abzgl. Steuernachzahlung	- €
abzgl. Altersvorsorgeleistungen	- €
abzgl. Lebensversicherung für die Kinder	- €
abzgl. dauernde Last gegenüber den Eltern	- €
Erwerbseinkommen:	€
davon 6/7 anrechenbar =	€
Zinseinkünfte	€
Einkünfte aus privater Vermietung	€
Wohnvorteil	€
sonstige Einkünfte gesamt:	€
Anrechenbar sind:	2.389,33 €

Der Abzug von 1/7 vom Erwerbseinkommen des Antragstellers rechtfertigt sich daraus, dass ihm zur Schaffung eines entsprechenden Erwerbsanreizes ein angemessener Erwerbstätigenbonus belassen werden muss (vgl. Zi. 15.2.1 der Leitlinien des Oberlandesgerichts Hamm zum Unterhaltsrecht, Stand 1.1.2008, nachfolgend: HLL 1.1.2008).

a)

Sein monatliches **Nettoeinkommen** aus seiner Tätigkeit als **Geschäftsführer** der „
“ berechnet sich – ausweislich der von ihm zu den Akten
gereichten Lohnabrechnungen für das Jahr 2007 unter Berücksichtigung der von ihm zu
leistenden Beiträge für die private Kranken- und Pflegeversicherung – wie folgt:

Bruttoeinkommen (incl. Sonderzuwendungen)	€
Lohnsteuer	- €
Sondersteuer	- €
Kirchensteuer	- €
Kranken- und Pflegeversicherung	- €
Nettoeinkommen:	€
bzw. monatsdurchschnittlich:	2.299,05 €

In dem ausgewiesenen Bruttoeinkommen ist der Sachbezug für die Nutzung des Firmenwagens nicht enthalten. Lediglich die steuerlichen Abzüge sind unter Berücksichtigung des Sachbezugs für den Firmenwagen bemessen. Die Höhe der zu leistenden Beiträge für die private Kranken- und Pflegeversicherung mit monatlich € ist belegt durch Vorlage der Kontoauszüge des Antragstellers für den Zeitraum Januar 2007 bis einschließlich Juni 2008. Das Bestreiten der Höhe mit Nichtwissen durch die Antragsgegnerin ist unsubstantiiert und daher unbeachtlich. Anhaltspunkte dafür, dass das Einkommen des Antragsgegners im Jahr 2008 eine wesentliche Änderung erfahren hat, bestehen nicht.

b)

Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit als **Gesellschafter** der „
“ erzielt der Antragsteller nicht.

Ausweislich der von ihm vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnungen der „
“ hat die Gesellschaft – auch nach Abzug der unterhaltsrechtlich nicht berücksichtigungsfähigen Gebäudeabschreibungen (vgl. BGH FamRZ 1997, 281, 283) – im Dreijahreszeitraum von 2005 bis 2007 durchschnittliche Verluste in Höhe von mehr als € monatlich erwirtschaftet:

	<u>Jahr 2005</u>	<u>Jahr 2006</u>	<u>Jahr 2007</u>
Gewinn / Verlust (GuV)	-	€ -	€ -
Korrektur Gebäudeabschreibung	€	€	€
Gewinn / Verlust:	€	€	€

Unstreitig hat der Antragsteller auch in der Ehe keine bedarfsprägenden Gewinne erzielt. Anhaltspunkte für eine verdeckte Gewinnausschüttung an die Gesellschafter sind weder schlüssig vorgetragen noch ersichtlich. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass durch die Einstellung der neuen Lebenspartnerin des Antragstellers in der Verwaltung des Unternehmens ab dem Jahr 2006 höhere Personalkosten verursacht werden, die der Lebensgemeinschaft des Antragstellers und seiner Lebenspartnerin zugute kommen. Nach der vom Antragsteller vorgelegten und von der Antragsgegnerin nicht bestrittenen Aufstellung über die Jahreslohnsummen in der Verwaltung der sind diese in den Jahren 2006 und 2007 gegenüber den Ausgaben für Löhne in der Verwaltung im Jahr 2005 nicht gestiegen, sondern gesunken.

Da der Antragsteller ein bedarfsprägendes Einkommen als Gesellschafter der „ (tatsächlich) nicht erzielt, kommt eine (fiktive) Zurechnung von Gewinnen aus der Gesellschaft nur unter dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit des Antragstellers in Betracht, wenn und soweit er nicht in der Lage ist, mit dem ihm zur Verfügung stehenden Einkommen den ehelichen Bedarf der Antragsgegnerin zu decken. Eine solche Zurechnung setzt voraus, dass der Antragsteller seine unterhaltsrechtliche Obliegenheit, zumutbare Gewinne aus dem von ihm als Geschäftsführer betriebenen Unternehmen zu erzielen, in vorwerfbarer Weise verletzt hat (vgl. auch Wendl/Staudigl-Gutdeutsch, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 5 Rz. 39 f. m. w. N.). Daran fehlt es.

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die von der Gesellschaft vorgenommenen Abschreibungen in vollem Umfang dem tatsächlichen Wertverlust der davon betroffenen Sachanlagen wiedergeben oder ob die, in der Gewinn- und Verlustrechnung für 2006

ausgewiesenen, Kosten für Abraum und Abfall sowie für Betriebsbedarf in vollem Umfang tatsächlich angefallen sind. Unerheblich ist auch, ob die im Jahr 2006 getätigten Investitionen der Gesellschaft aus betriebswirtschaftlicher Sicht notwendig waren. Angesichts der vom Steuerberater der Firma in seinem Bericht vom 6.8.2008 dargestellten wirtschaftlichen Entwicklung der Bauunternehmung – hinsichtlich dessen Inhalts auf Bl. 122 ff. der Anlagen zum Schriftsatz vom 12.8.2008 verwiesen wird -, insbesondere der allgemeinen Steigerung der Energie- und Baustoffpreise, verbunden mit der vom Antragsteller in seiner Lohnkostenaufstellung nachgewiesenen Steigerung der Personalkosten für die in der Produktion des Betriebes angestellten Arbeitnehmer, wäre es ohne Hinzutreten besonderer Umstände unterhaltsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Antragsteller mögliche erzielbare Gewinne im Unternehmen stehen lassen würde, um damit den Fortbestand des Unternehmens als Grundlage für die Absicherung seiner zukünftigen Einkünfte als Geschäftsführer zu sichern. Hinzu kommt, dass jede unterhaltsrechtlich vorgenommene Korrektur zugunsten der Antragsgegnerin zu einer Verschiebung der zu berücksichtigenden Steuerlast zugunsten des Antragstellers führen kann (vgl. Wendl/Staudigl-Kemper, a. a. O., § 1 Rz. 252 f., 256c m. w. N.) mit der Folge, dass die Nichtberücksichtigung einzelner Positionen aus der Gewinn- und Verlustrechnung nicht in gleicher Höhe zu einer Erhöhung der aus der Unternehmung erzielbaren Gewinne führt.

Entscheidend für die Frage der Vorwerfbarkeit einer mangelnden Realisierung von Gewinnen aus einer Gesellschaft ist daher nicht, dass eine Realisierung derartiger Gewinne überhaupt möglich gewesen wäre. Vorwerfbar ist ein solches Verhalten vielmehr erst dann, wenn der als Gesellschafter tätige Unterhaltsschuldner mit dem Unterlassen der Gewinnausschüttung die Grenzen seiner unternehmerischen Freiheit in einer Art und Weise überschreitet, die dem Unterhaltsgläubiger unter Berücksichtigung seiner Interessen auf Sicherstellung einer monatlichen Unterhaltsrente nicht zumutbar ist. Dafür bestehen hier keine ausreichenden Anhaltspunkte.

Unter Berücksichtigung der dargestellten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens und der bestehenden Unterhaltslast des Antragstellers gegenüber vier Kindern und einer Ehefrau ist dem Antragsteller ein angemessener Spielraum für unternehmerische

	<u>Jahr 2005</u>	<u>Jahr 2006</u>	<u>Jahr 2007</u>
Jahresüberschuss	€	€	€
Korrektur Gebäudeabschreibung	€	€	€
Korrektur Instandhaltung	- €	€	- €
Korrektur Zinsleistungen für Darlehn	- €	€	€
Gewinn:			€
durchschnittlicher Gewinn mtl. ab 2008		€	
abzüglich Darlehnsrückzahlung Sparkasse		€ (Zins und Tilgung)	
Gewinn monatlich ab 2008		€	

Das nach Trennung der Eheleute im Jahr 2006 aufgenommene Darlehn des Antragstellers bei der Sparkasse ist als notwendige Schuld für die Instandhaltung des an die „ „ vermieteten Betriebsgebäudes anzuerkennen. Der Antragsteller hat durch Vorlage der Rechnung vom 6.11.2006 belegt, dass die Reparatur des Hallendaches des Betriebsgebäudes zu einem Preis von € tatsächlich erfolgt ist. Die Notwendigkeit der Sanierungsmaßnahme ist dargelegt durch den Inhalt des von ihm vorgelegten Privatgutachtens des Dipl.-Ing. vom 2.2.2006 und die darin enthaltenen Fotos vom Zustand des Hallendachs. Die Höhe der monatlichen Darlehnsrate und die vom Antragsteller darauf geleisteten Zahlungen folgen aus dem von ihm vorgelegten Darlehnsvertrag und den Kontoauszügen für den Zeitraum vom April 2007 bis einschließlich Januar 2008. Unter diesen Umständen ist das einfache Bestreiten der belegten Tatsachen durch die Antragsgegnerin unbeachtlich.

Der Senat hält es auch – entgegen der Rechtsansicht der Antragsgegnerin - für gerechtfertigt, das Darlehn des Antragstellers bei der Sparkasse insgesamt, d. h. mit seinem Zins- und Tilgungsanteil als einkommensmindernd zu berücksichtigen. Zwar erkennt der Bundesgerichtshof im Falle der Bemessung der Höhe von Wohnwerten Tilgungsleistungen auf ein Darlehn zum Erwerb von Grundeigentum spätestens ab dem Zeitpunkt der Scheidung nicht als einkommensmindernd zugunsten des Unterhaltsschuldners an, weil damit einseitig sein Vermögen vermehrt wird (vgl. BGH FamRZ 2008, 963 ff.). Vorliegend besteht jedoch die Besonderheit, dass das vom Antragsteller aufgenommene Darlehn nicht der Vermehrung, sondern dem Erhalt seines

Vermögens dient, welches zugleich Grundlage für die Erzielung seines Erwerbseinkommens ist. Da die Antragsgegnerin vom Erwerbseinkommen des Antragstellers als Geschäftsführer profitiert, muss sie es auch hinnehmen, wenn er Ausgaben zum Erhalt seines Einkommens tätigt. Dazu gehören auch die Tilgungsleistungen für notwendige Instandhaltungsmaßnahmen an Gegenständen des Betriebsvermögens.

d)

Die **Einkünfte** des Antragstellers aus privater Vermietung und Verpachtung bemessen sich ebenfalls unter Zugrundelegung des Dreijahreszeitraums 2005 bis 2007. Ihre Höhe folgt aus den – zwischen den Parteien unstreitigen – Zahlen aus den vorgelegten Anlagen V der jeweiligen Einkommensteuererklärungen des Antragstellers. Diese stellen sich wie folgt dar:

	<u>Jahr 2005</u>	<u>Jahr 2006</u>	<u>Jahr 2007</u>
Einnahmen aus der Vermietung	€	€	€
Ausgaben für die Vermietung	€	€	€
Korrektur Gebäudeabschreibung	- €	- €	€
Gewinn:	€	€	€

durchschnittlicher Gewinn monatlich ab 2008: €

Bei den Einnahmen sind die Mieteinnahmen berücksichtigt. Die Ausgaben setzen sich zusammen aus verbrauchsabhängigen und verbrauchsunabhängigen Kosten, soweit sie nicht auf die Mieter umgelegt sind, sowie aus den Zinsleistungen für das vom Antragsteller in Anspruch genommene Bauspardarlehn bei der vom 25.2.1999 für die Finanzierung des privat genutzten Grundeigentums. Der Tilgungsanteil für das Bauspardarlehn ist – entgegen der Rechtsansicht des Antragstellers – als Abzugsposition bei der Berechnung der monatlichen Einkünfte aus privater Vermietung nicht berücksichtigungsfähig, da er ausschließlich der privaten Vermögensbildung dient. Er findet aber Berücksichtigung im Rahmen der vom Antragsteller betriebenen Altersvorsorge (s. u.). Die Höhe der zu korrigierenden Gebäudeabschreibung für das

Jahr 2007 folgt aus der vom Antragsteller im Senatstermin am 23.9.2008 überreichten Anlage V zur Steuererklärung für 2007.

e)

Soweit das Familiengericht bezüglich der Zurechnung des **Wohnwertes** des Antragstellers für das mietfreie Wohnen im eigenen Haus von einem objektiv erzielbaren Mietwert von 750 € monatlich ausgegangen ist, sieht der Senat keine Veranlassung zur Beanstandung. Die vom Antragsteller und seiner neuen Lebenspartnerin bewohnte Wohnung hat eine Wohnfläche von ca. 170 Quadratmeter. Sie befindet sich im gleichen Haus, in dem sich auch die vom Antragsteller vermieteten Räumlichkeiten befinden. Ausweislich der von ihm vorgelegten Mietverträge erzielt er für die – wesentlich kleineren – vermieteten Wohnungen einen Quadratmeterpreis von 5 €. Warum die vom Antragsteller bewohnten Räumlichkeiten keinen vergleichbaren objektiven Mietwert aufweisen sollen, hat er nicht dargelegt. Auch das von ihm im Trennungsunterhaltsverfahren 2 F 259/07 vor dem Amtsgericht zu den Akten gereichte Privatgutachten des Dipl.-Ing. vom 2.7.2007 – hinsichtlich dessen Inhalts auf Bl. 144 ff. der Beiakten verwiesen wird – gibt hierüber keinen Aufschluss. Der Senat geht daher – unter Berücksichtigung eines angemessenen Abschlages wegen der Größe der Wohnung - von einer erzielbaren Miete für die vom Antragsteller bewohnte Ewohnung von rund 750 € aus.

Von dem objektiven Mietwert sind die Zinsleistungen und die verbrauchsunabhängigen Kosten (vgl. BGH FamRZ 2004, 1184, 1186 f.) für das Grundstück abzusetzen, soweit sie auf den vom Antragsteller und seiner Lebenspartnerin bewohnten Teil des Hauses entfallen. Der unterhaltsrechtlich zu berücksichtigende Wohnwert bemisst sich daher wie folgt:

objektiver Mietwert	€	
abzgl. Schuldzinsen (ohne Tilgung)	€	(anteilig = 45,95%)
abzgl. Grundbesitzabgaben	€	(anteilig = 45,95%)
abzgl. Schornsteinfeger	€	(anteilig = 45,95%)
abzgl. Gebäudeversicherung	€	(anteilig = 45,95%)
Wohnwert (netto):	<u>526,35 €</u>	

Die Höhe der verbrauchsunabhängigen Kosten folgt aus der vom Antragsteller zu den Akten gereichten Anlage zur Anlage V der Steuererklärung für das Jahr 2007, wobei der Senat für den auf die Privatwohnung des Antragstellers entfallenden Anteil der Gesamtkosten den Verteilungsschlüssel zugrunde gelegt hat, den der Antragsteller in seiner Steuererklärung angegeben hat. Danach entfällt auf die vermieteten Räumlichkeiten ein Anteil von 54,05% und auf die von ihm selbst bewohnten Räumlichkeiten ein Anteil von 45,95%. Die Schuldzinsen für das Darlehn bei der Steuererklärung insgesamt (€ monatlich). Tilgungsleistungen sind nicht berücksichtigungsfähig.

f)

Der private **Nutzungsvorteil für das Firmenfahrzeug** ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats in der Regel mit dem nach Steuerrecht zu veranschlagenden Wert (Einprozentregelung) zu bemessen (vgl. Senat, NJW-RR 2008, 882 ff.; Zi. 4 HLL 1.1.2008). Dieser beträgt nach dem übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien 456,36 €. Er ist zu bereinigen um den steuerlichen Nachteil, der dem Antragsteller dadurch entsteht, dass er den Firmenwagen als Sachbezug zu versteuern hat. Dieser berechnet sich unter Zugrundelegung des für das Jahr 2007 in den Lohnbelegen ausgewiesenen Steuerbruttobetrages in Höhe von € und dem zu versteuernden Sachbezug für den Firmenwagen wie folgt:

tatsächliches Steuerbrutto	€
abzgl. Sachbezug Firmenfahrzeug	€
fiktives Steuerbrutto:	_____
darauf entfallende Lohnsteuer	€
darauf entfallende Kirchensteuer	€
darauf entfallende Sondersteuer	€
fiktive Steuerlast:	_____
tatsächliche Steuerlast:	€
Differenz:	_____

Steuernachteil Firmenfahrzeug monatlich:

Daraus errechnet sich ein noch verbleibender privater Nutzungsvorteil in Höhe von 260,95 € (456,36 € / 195,42 €).

Anhaltspunkte, die den Ansatz eines höheren Nutzungsvorteils rechtfertigen können sind nicht vorhanden. Der Verweis der Antragsgegnerin auf die ADAC-Tabellen zur Bewertung der Gesamtkosten für das Fahrzeug des Antragstellers überzeugt nicht. Dabei wird übersehen, dass die private Nutzung nur einen Teil der Gesamtnutzung ausmacht, weil der Antragsteller das Fahrzeug nicht nur privat, sondern beruflich nutzt.

g)

Als Abzugsposition vom Einkommen des Antragstellers ist zunächst die im Jahr 2008 angefallene **Steuernachzahlung** für das Jahr 2007 in Höhe von insgesamt € zu berücksichtigen.

h)

Die berücksichtigungsfähigen **Altersvorsorgeleistungen** des Antragstellers setzen sich wie folgt zusammen:

Lebensversicherungen (- 00 bis - 04)	€
Direktversicherung Arbeitgeber	€
Zusatzrente	€
Tilgungsanteil Bausparkasse	€
Gesamtausgaben	<u>831,88 €</u>

Der Antragsteller hat durch Vorlage von Kontoauszügen belegt, dass er seit Mai 2008 monatlich 255,46 € und 156,32 €, insgesamt 411,78 € auf vier bei der Lebensversicherung AG bestehende Versicherungsverträge leistet. Das Bestreiten der Antragsgegnerin mit Nichtwissen ist insoweit unsubstantiiert. Die Höhe der Direktversicherung und der Zusatzrente folgt aus den vom Antragsteller zu den Akten gereichten Lohnbelegen.

Die der Vermögensbildung dienenden Tilgungsleistungen an die für die Finanzierung des privaten Wohnungseigentums sind ebenfalls als Altersvorsorgeleistungen anzuerkennen, da sie zusammen mit den übrigen Altersvorsorgeleistungen nicht den für notwendige Vorsorgemaßnahmen anzunehmenden Grenzwert überschreiten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – der sich der Senat anschließt – ist es dem selbständigen Unternehmer, der nicht gesetzlich rentenversichert ist, zu gestatten 20% seines Bruttoeinkommens für die primäre Altersversorgung und weitere 4% des Bruttoeinkommens des Vorjahres als zusätzliche (sekundäre) Altersvorsorge zu verwenden (BGH FamRZ 2006, 387, 389). Dabei können auch Tilgungsleistungen, die dem Erwerb einer Immobilie dienen, als Form der zusätzlichen Altersvorsorge anerkannt werden (vgl. BGH FamRZ 2005, 1817, 1821). Der Antragsteller ist insoweit wie ein selbständiger Unternehmer zu behandeln, da er nicht gesetzlich rentenversichert ist und keine Pflichtbeiträge in die gesetzliche Rentenversicherung leistet. Die insgesamt für die Altersvorsorge aufgewandten Beträge übersteigen die Summe von 20% des Bruttoeinkommens des Antragstellers nicht. Sein Bruttoeinkommen bemisst sich aus seinem Bruttolohn als Geschäftsführer in Höhe von € monatlich und aus seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von € und € (insgesamt: 5.531,39 €). 20% davon entsprechen 1.106,28 €. Die Höhe der Tilgungsleistungen berechnet sich anhand der monatlichen Belastung aus dem Bauspardarlehn von € nach Abzug der für das Jahr 2007 erbrachten Zinsleistungen von insgesamt € (s. o.).

Ein weiterer Abzug in Höhe von 78 € für die Leistung freiwilliger Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung scheidet aus. Die Berücksichtigung von Altersvorsorgeleistungen setzt voraus, dass diese auch tatsächlich erbracht werden (vgl. Wendl/Staudigl-Gerhardt, a. a. O., § 1 Rz. 597b, 598a m. w. N.). Die Antragsgegnerin hat die freiwillige Zahlung von Beiträgen des Antragstellers in die gesetzliche Rentenversicherung in zweiter Instanz bestritten. Der einzige vom Antragsteller eingereichte Beleg für die Beitragsentrichtung in die gesetzliche Rentenversicherung (hinsichtlich dessen Inhalts auf Bl. 221 d. A. verwiesen wird) bezieht sich auf das Jahr

2005. Belege für die Folgejahre hat er nicht zu den Akten gereicht. Damit kann nicht festgestellt werden, dass eine freiwillige Beitragsentrichtung weiterhin erfolgt.

i)

Als weitere Abzüge sind die monatlichen Leistungen des Antragstellers auf die Lebensversicherungen für die gemeinsamen Kinder und auf die dauernde Last gegenüber seinen Eltern zu berücksichtigen.

Die Abzugsfähigkeit der vom Antragsteller geleisteten Sparraten auf die **Lebensversicherung für die gemeinsamen Kinder** ist zwischen den Parteien dem Grunde nach unstrittig und der Höhe nach belegt durch Vorlage der Kontoauszüge des Antragstellers für die Monate Januar 2007 bis Juni 2008.

Eine Berücksichtigung der vom Antragsteller geleisteten Raten auf das **Darlehn**, das er für das aus dem Betriebsvermögen entnommene **Fahrzeug** der Antragsgegnerin aufgenommen hat, scheidet aus, da das Darlehn unstrittig seit April 2008 getilgt ist. Auf die – zwischen den Parteien streitige – Frage der Abzugsfähigkeit dieser Verbindlichkeit kommt es daher nicht mehr an.

j)

Soweit der Antragsteller meint, seine Zinseinkünfte aus dem Bausparvertrag seien nicht in die Unterhaltsberechnung einzustellen, weil er diese für Zins- und Tilgungsleistungen auf Grundstücksdarlehn verwende, kann dem nicht gefolgt werden. Da sowohl die Zins- als auch die Tilgungsleistungen auf sämtliche Grundstücksdarlehn als Abzugsposten von seinem Einkommen Berücksichtigung finden, sind auch die hierfür verwandten Zinseinkünfte aus dem Bausparvertrag einkommenserhöhend zu berücksichtigen.

2)

Auf Seiten der **Antragsgegnerin** geht der Senat für den Zeitraum vom 21.5.2008 bis einschließlich Juni 2008 von einem anrechenbaren Erwerbseinkommen – nach Abzug des Erwerbstätigenbonus - in Höhe von 217,97 € aus.

Sie hat – ausweislich der von ihr vorgelegten Lohnbelege - in der Zeit von September 2007 bis einschließlich Juni 2008 aus geringfügiger Erwerbstätigkeit insgesamt 2.927 € netto verdient. Das entspricht einem Durchschnittseinkommen von 292,70 € monatlich. Davon sind die zwischen den Parteien unstreitigen Fahrtkosten (38,40 € monatlich) abzuziehen mit der Folge, dass sich ein bereinigtes Einkommen von 254,30 € errechnet.

a)

Weitere – fiktive – Einkünfte muss sich die Antragsgegnerin unter dem Gesichtspunkt der Verletzung ihrer Erwerbsobliegenheit nicht zurechnen lassen.

aa)

Zwar hat das jüngste von ihr zu betreuende Kind das dritte Lebensjahr bereits vollendet mit der Folge, dass sich die Dauer ihres Unterhaltsanspruchs nach Billigkeit bemisst (§ 1570 Abs. 1, S. 2 BGB). Die **Belange der Kinder** und die eingeschränkten Möglichkeiten der Kinderbetreuung (vgl. § 1570 Abs. 1, S. 3 BGB) sowie die Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe (§ 1570 Abs. 2 BGB) stehen jedoch weiterhin der Ausübung einer Erwerbstätigkeit – jedenfalls in einem Umfang, der über die bis Juni 2008 ausgeübte tatsächliche Erwerbstätigkeit hinausgeht - entgegen.

Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die Antragsgegnerin insgesamt vier Kinder im Alter von 4 bis 14 Jahren zu betreuen hat, wovon das zweitälteste Kind – nach den unbestrittenen Angaben der Antragsgegnerin – an einer ... und ... leidet und das jüngste Kind ... eine ... und ... Maßnahmen zur Frühförderung wegen festgestellter ... in Anspruch nimmt. Hinzu kommt, dass keines der Kinder eine Ganztagschule besucht und dass sich der jüngste Sohn ... nur an zwei Tagen in der Woche bis mittags 13.00 Uhr in der Grundschule befindet. Im übrigen wird er nach Schulschluss von Großmutter, der Mutter der Antragsgegnerin, zuhause in Empfang genommen. Darüberhinausgehende Möglichkeiten der Fremdbetreuung bestehen nicht, zumal die Antragsgegnerin nachmittags regelmäßig in die Hausaufgabenbetreuung und die Verbringung der Kinder zu sportlichen Veranstaltungen in verschiedenen Vereinen eingebunden ist. Unter diesen Umständen war es der Antragsgegnerin nicht zuzumuten,

ihre – bis einschließlich Juni 2008 ausgeübte – Erwerbstätigkeit auszuweiten. Die Rechtsansicht des Antragstellers, die Betreuung der jüngeren Kinder könne durch die älteren Kinder sichergestellt werden, entspricht nicht einer am Kindeswohl orientierten Vorstellung von Kindererziehung. Sie kann daher bei der Abwägung der Billigkeitskriterien keine – eine andere Bewertung rechtfertigende - Berücksichtigung finden.

Hinzu kommt, dass zwischen den Parteien ein erhebliches wirtschaftliches Ungleichgewicht besteht, welches bereits während der Ehe bestanden hat, da die Antragsgegnerin sowohl in der Ehe als auch nach der Trennung der Parteien nicht mehr als in geringfügigem Umfang erwerbstätig gewesen ist, während der Antragsteller durchgängig vollschichtig gearbeitet und dabei überdurchschnittlich gut verdient hat.

bb)

In der Zeit ab Juli 2008 steht der Antragsgegnerin außerdem – neben dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt - ein Anspruch auf **Ausbildungsunterhalt** gegen den Antragsteller zu, weil sie ohne die von ihr durchgeführte Weiterbildungsmaßnahme nicht in der Lage ist, eine angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben (§ 1573 Abs. 1, 1574 Abs. 3 BGB). Angemessen ist eine Erwerbstätigkeit, die der Ausbildung, den Fähigkeiten, der früheren Erwerbstätigkeit, dem Lebensalter und dem Gesundheitszustand des unterhaltsberechtigten Ehegatten entspricht, soweit eine solche Tätigkeit nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen unbillig wäre (§ 1574 Abs. 2, S. 1 BGB). Die – heute 39 Jahre alte - Antragsgegnerin ist ausgebildete Steuerfachgehilfin. Sie hat nach ihrer Ausbildung rund ein Jahr lang in ihrem Beruf gearbeitet und ist dann im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses in der Firma des Antragstellers angestellt gewesen. Im übrigen betreut sie seit der Geburt des ältesten Sohnes im April die gemeinsamen Kinder. Unter diesen Umständen erscheint es nicht gerechtfertigt, die Antragsgegnerin auf eine ungelernte Tätigkeit zu verweisen. Angemessen ist vielmehr eine Tätigkeit im kaufmännischen Bereich oder als Steuerfachgehilfin, die ihrer Ausbildung entspricht.

Eine solche Tätigkeit kann sie nach ihren eigenen – vom Antragsteller nicht bestrittenen – Angaben jedoch nur dann ausüben, wenn sie sich entsprechend weiterbildet, weil sich

die beruflichen Anforderungen an die Tätigkeit als Steuerfachgehilfin seit Abschluss ihrer Ausbildung so entscheidend geändert haben, dass sie ohne entsprechende Weiterbildung keine Aussichten auf eine Festanstellung in diesem Bereich hat.

Dass die derzeit von ihr absolvierte – und vom der Bundesagentur für Arbeit geförderte - Weiterbildungsmaßnahme für Kaufleute im Teilzeitbereich eine geeignete Maßnahme zur Verbesserung ihrer Berufsaussichten als Steuerfachgehilfin oder kaufmännische Angestellte darstellt, ist ohne weiteres nachvollziehbar und wird vom Antragsteller nicht in Abrede gestellt.

b)

Einkünfte aus privater Vermietung und Verpachtung erzielt die Antragsgegnerin nicht.

Ausweislich der von ihr vorgelegten Anlagen V zu ihren Einkommensteuererklärungen für die Jahre 2005 bis 2007 hat sie in dem für die Berechnung maßgeblichen Dreijahreszeitraum Verluste in Höhe von monatsdurchschnittlich 48,69 € erwirtschaftet:

	<u>Jahr 2005</u>	<u>Jahr 2006</u>	<u>Jahr 2007</u>
Einnahmen aus Vermietung	€	€	€
Ausgaben aus Vermietung	- €	- €	- €
Korrektur Gebäudeabschreibung	€	€	€
Gewinn / Verlust:	- €	- €	- €

durchschnittlicher Verlust (monatlich): €

In den dargestellten Ausgaben sind neben den verbrauchsunabhängigen und den verbrauchabhängigen Kosten, die nicht auf die Mieter umgelegt worden sind, monatliche Zinsleistungen für Darlehn zur Finanzierung des Hausgrundstücks enthalten. Die dafür aufgewandten Beträge (613,55 € an die Mutter der Antragstellerin und 113,08 € an die) sind zwischen den Parteien unstrittig. Tilgungsleistungen für die Darlehn zur Finanzierung des Grundeigentums (106 € monatlich auf einen) sind nicht berücksichtigt.

Die Korrektur hinsichtlich der Gebäudeabschreibung erfolgt aus den bereits dargelegten Gründen.

Die Notwendigkeit der einzelnen, von der Antragsgegnerin in den Jahren 2005 und 2006 aufgewandten Kosten für Instandhaltungsmaßnahmen wird vom Antragsteller in zweiter Instanz nicht mehr ausdrücklich bestritten. Im übrigen ist die Höhe der entstandenen Kosten durch Vorlage von Handwerkerrechnungen durch die Antragsgegnerin in erster und zweiter Instanz hinreichend belegt.

Dass im Jahre Kosten für Instandhaltungsmaßnahmen in geringerem Umfang als in den Vorjahren entstanden sind, rechtfertigt es nicht, für die vom Senat zu treffende Einkommensprognose für das Jahr 2008 auf einen kürzeren als den Dreijahreszeitraum abzustellen, denn es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass Instandhaltungsmaßnahmen nur noch in dem Umfang wie im Jahr anfallen. Die Antragsgegnerin hat im Senatstermin vom 23.9.2008 unwidersprochen darauf hingewiesen, dass weitere Instandhaltungsmaßnahmen erforderlich sind, die mangels ausreichenden finanziellen Hintergrundes im Jahr nicht ausgeführt werden konnten.

c)

Soweit der Antragsteller meint, die Antragsgegnerin müsse das in ihrem Alleineigentum stehende Hausgrundstück verwerten, um aus dem Erlös ihren Bedarf zu decken, kann dem nicht gefolgt werden. Eine **Verwertungspflicht** der Antragsgegnerin besteht nicht, wenn die Verwertung unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre (§ 1577 Abs. 3 BGB). Angesichts der in den letzten Jahren steigenden Gewinne der Immobilie sind zumindest Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass eine Verwertung zum aktuellen Zeitpunkt unwirtschaftlich sein könnte. Jedenfalls ist eine Verwertung deshalb unbillig, weil das Vermögen aus dem Hausgrundstück die einzige bisher von der Antragsgegnerin geschaffene Grundlage für ihre Altersversorgung darstellt. Ausweislich der (insoweit unangefochtenen) Gründe des Scheidungsverbundurteils des Amtsgerichts vom 20.2.2008 haben die Parteien den Versorgungsausgleich durch Vereinbarung wirksam ausgeschlossen. Den

Zugewinnausgleich haben sie durch Ehevertrag vom _____ – hinsichtlich dessen Inhalts auf Bl. 3 ff. d. A. verwiesen wird – ausgeschlossen. Da die Antragsgegnerin insgesamt nur ein Jahr lang vollschichtig in ihrem Beruf als Steuerfachgehilfin gearbeitet hat, war sie bisher nicht in der Lage, sich eine angemessene Altersversorgung aufzubauen. Unter diesen Umständen und vor dem Hintergrund des oben dargestellten wirtschaftlichen Ungleichgewichts der Parteien hält der Senat es für unbillig, die Antragsgegnerin auf die Verwertung ihres Grundeigentums zur Deckung ihres Unterhaltsbedarfs zu verweisen.

d)

Die Antragsgegnerin muss sich – entgegen der Rechtsansicht des Antragstellers – auch keinen **Wohnwertvorteil** zurechnen lassen. Der Wohnwertvorteil bezeichnet den geldwerten Vorteil aus der Nutzung des eigenen Vermögens (§ 100 BGB). Das Wohnen stellt für die Antragsgegnerin jedoch keine Nutzung ihres eigenen Vermögens dar, denn die von ihr und den gemeinsamen Kindern bewohnte Wohnung steht im Eigentum ihrer Mutter. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin durch Vorlage ihrer Kontoauszüge für die Zeit von Januar 2007 bis Juni 2008 belegt, dass sie monatliche Mietzinsen in Höhe von 400 € an ihre Mutter zahlt. Soweit der Antragsteller meint, wegen vorgenommener eigener Investitionen in das Grundstück der Mutter der Antragsgegnerin einen Ausgleichsanspruch gegen diese zu haben, betrifft das ausschließlich sein Verhältnis zur Mutter der Antragsgegnerin. Rechte gegenüber der Antragsgegnerin kann er daraus nicht herleiten.

3)

Auf der Grundlage der Einkünfte beider Parteien bemisst sich der **Bedarf der Antragsgegnerin** – unter Berücksichtigung der zwischen den Parteien unstreitigen Krankenvorsorgekosten der Antragsgegnerin - in dem oben genannten Zeitraum wie folgt:

Anrechenbares Einkommen des Antragstellers	€
abzgl. Zahlbetrag für	247,00 €
abzgl. Zahlbetrag für	247,00 €

abzgl. Zahlbetrag für	-	199,00 €
abzgl. Zahlbetrag für	-	186,50 €
verbleiben:		<u>1.509,83 €</u>
abzgl. Krankenvorsorgeunterhalt der		
Antragstellerin, soweit beantragt	-	127,00 €
bereinigt:		<u>1.382,83 €</u>

	<u>bis Juni 2008</u>	<u>ab Juli 2008</u>
Einkommen des Antragstellers	€	€
Einkommen der Antragsgegnerin	- 217,97 €	- €
Differenz	<u>1.164,86 €</u>	<u>1.382,83 €</u>
davon 1/2 (gerundet) =	583,00 €	692,00 €
zzgl. Krankenvorsorgebedarf	127,00 €	127,00 €
Bedarf (gesamt):	<u>710,00 €</u>	<u>819,00 €</u>

a)

Der Vorwegabzug des Kindesunterhalts erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des Senats nicht mit dem Tabellenbetrag der Düsseldorfer Tabelle vom 1.1.2008, sondern mit dem Zahlbetrag (vgl. Senat NJW-RR 2008, a. a. O.; NJW 2008, 2049, 2053 f.) und zwar entsprechend den tatsächlich gezahlten Beträgen. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass der durch Prozessvergleich titulierte und bis einschließlich September 2008 zuwenig gezahlte Kindesunterhalt (Differenz zwischen Mindestunterhalt und tatsächlich gezahlten Beträgen) nicht gem. § 1613 Abs. 1, S. 1 BGB nachgefordert werden kann, weil der Antragsteller weder zur Auskunft, noch zur Zahlung eines höheren Kindesunterhalts aufgefordert worden ist.

b)

Die Frage, ob das Erwerbseinkommen der Antragsgegnerin aus unzumutbarer Tätigkeit stammt, mit der Folge, dass es ganz oder zum Teil anrechnungsfrei zu bleiben hat, braucht nicht entschieden zu werden, denn der Antragsteller ist, nach Abzug des vorrangigen Kindesunterhalts - unabhängig von der Höhe der Anrechnung des Erwerbseinkommens der Antragsgegnerin - mit dem ihm verbleibenden Einkommen nicht in der Lage, den Bedarf der Antragsgegnerin zu decken. Er ist nur in Höhe eines

Ehegattenunterhalts von (gerundet) 510 € leistungsfähig, da ihm, im Verhältnis zur Antragsgegnerin, der **eheangemessene Selbstbehalt** von derzeit 1.000 € zur Deckung seines eigenen Lebensbedarfs verbleiben muss (vgl. Zi. 21.4.1 HLL, Stand 1.1.2008). Eine Herabsetzung des ihm zu belassenden Selbstbehalts kommt bei verständiger Würdigung der vorliegenden Umstände nicht in Betracht.

Zwar rechtfertigt das Zusammenleben des Unterhaltsschuldners mit einer neuen Lebenspartnerin grundsätzlich die Annahme einer Ersparnis an Kosten für Wohnraum und für die allgemeine Lebensführung (vgl. BGH MDR 2008, 451 f.). Das gilt insbesondere dann, wenn der Lebenspartner über ausreichende Einkünfte verfügt, sich an den Wohnkosten und den allgemeinen Lebenshaltungskosten zu beteiligen. Davon kann auf Seiten der berufstätigen neuen Lebenspartnerin des Antragstellers ausgegangen werden. Vorliegend steht einer Herabsetzung jedoch entgegen, dass ein nicht unerheblicher Teil des dem Antragsteller zurechenbaren Einkommens auf Nutzungsvorteilen (für die Ehwohnung und den Firmenwagen) beruht, denen kein realer Zufluss finanzieller Mittel zugrunde liegt (vgl. Zi. 21.5 HLL, Stand 1.1.2008). Würde er daher eine Herabsetzung seines Selbstbehalts hinnehmen müssen, würde sein verbleibendes – frei verfügbares – Einkommen nicht ausreichen, um seinen eigenen, durch die Nutzungsvorteile nicht gedeckten Lebensbedarf sicherzustellen. Das rechtfertigt es, von einer Herabsetzung des eheangemessenen Selbstbehalts abzusehen.

c)

Der Anspruch der Antragsgegnerin auf Zahlung von **Altersvorsorgeunterhalt** scheidet daran, dass der Antragsteller nicht einmal in der Lage ist, den (vorrangigen) Elementarunterhalt zu zahlen (vgl. Wendl/Staudigl-Gutdeutsch, a. a. O., § 4 Rz. 478 m. w. N.).

d)

Der Anspruch der Antragsgegnerin auf Zahlung des beantragten **Krankenvorsorgeunterhalts** in Höhe von 127,00 € wird dagegen nicht durch die eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Antragstellers berührt. Beim

Krankenvorsorgeunterhalt besteht ein grundsätzlicher Vorrang des Elementarunterhalts nicht, weil die Krankenversicherung einen wichtigen Teil des gegenwärtigen Unterhalts beinhaltet (vgl. BGH FamRZ 1989, 483, 485). Eine Kürzung des beantragten Krankenvorsorgeunterhalts hält der Senat nicht für gerechtfertigt, weil die Krankenversicherung notwendiger Bestandteil des Bedarfs der Antragsgegnerin ist und selbst nach Kürzung des Elementarunterhalts (aufgrund der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Antragstellers) in einem angemessenen Verhältnis zum Gesamtunterhalt steht.

II) Zeitraum ab Oktober 2008

Für die Zeit ab Oktober 2008 ist ein **Vorwegabzug des Kindesunterhalts** für die gemeinsamen Kinder der Parteien mit den titulierten Zahlbeträgen nicht mehr gerechtfertigt. Der Vorwegabzug hat mit den tatsächlich geschuldeten Kindesunterhaltsbeträgen zu erfolgen (vgl. Zi. 24.4 HLL, Stand 1.1.2008), denn die gemeinsamen Kinder sind nicht mehr daran gehindert, den Antragsteller auf Zahlung des Mindestkindesunterhalts nach der Düsseldorfer Tabelle vom 1.1.2008 in Anspruch zu nehmen. Der Antragsteller ist im Termin vor dem Senat am 23.9.2008 darauf hingewiesen worden, dass er nach seinem Einkommen den Mindestkindesunterhalt schuldet. Er hat erklärt, dass er bereit sei, ab Oktober 2008 den Mindestkindesunterhalt zu zahlen. Die Vorschrift des § 1613 Abs. 1, S. 1 BGB steht der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs durch die Kinder nicht entgegen, da sie sich nur auf den rückständigen Unterhalt bezieht. Der Bedarf der Antragsgegnerin berechnet sich daher für die Zeit ab Oktober 2008 wie folgt:

Anrechenbares Einkommen des Antragstellers		€
abzgl. Zahlbetrag für	(3. Altersstufe)	- 288,00 €
abzgl. Zahlbetrag für	(2. Altersstufe)	- 245,00 €
abzgl. Zahlbetrag für	(2. Altersstufe)	- 245,00 €
abzgl. Zahlbetrag für	(1. Altersstufe)	- 189,50 €
verbleiben:		<u>1.421,83 €</u>
abzgl. Krankenvorsorgeunterhalt der		
Antragstellerin, soweit beantragt		- 127,00 €

bereinigt:	1.294,83 €
davon 1/2 (gerundet) =	648,00 €
zzgl. Krankenvorsorgebedarf	127,00 €
Bedarf (gesamt):	<u>775,00 €</u>

Er ist infolge der **teilweisen Leistungsunfähigkeit** des Antragstellers nach Abzug des ihm zu belassenden eheangemessenen Selbstbehalts begrenzt auf (gerundet) 422 € (1.421,83 € nach Abzug des Kindesunterhalts verbleibendes Einkommen / 1.000 € eheangemessener Selbstbehalt), wovon 127 € auf den Krankenvorsorgeunterhalt und 295 € auf den Elementarunterhalt entfallen.

B)

Der Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin ist – entgegen der Ansicht des Antragstellers – **nicht herabzusetzen oder zu befristen.**

I)

Einer Befristung des Ehegattenunterhalts steht entgegen, dass die Antragsgegnerin gegen den Antragsteller ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB hat. Nach § 1578b Abs. 2 BGB kommt eine zeitliche Befristung des Ehegattenunterhalts nur in Betracht, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch auch unter Wahrung der Belange eines dem Unterhaltsberechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Ein Unterhaltsanspruch kann jedoch nicht unbillig sein, solange es infolge der Kinderbetreuung der Billigkeit entspricht, dass er besteht (§ 1570 Abs. 1, S. 2 BGB). Daher scheidet, solange ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 Abs. 1, S. 2 BGB besteht, in der Regel eine zeitliche Befristung aus, wenn und soweit keine sichere Prognose getroffen werden kann, ab wann der Betreuungsunterhaltsanspruch entfällt (vgl. auch Borth, FamRZ 2008, 2, 8 f.; Trieb, FPR-aktuell 2008, 31, 34; Wendl/Staudigl-Pauling, a. a. O., § 4 Rz. 588 f.). Eine solche Prognose vermag der Senat angesichts der Vielzahl der von der Antragsgegnerin zu betreuenden Kinder und des geringen Alters der beiden jüngeren Kinder aufgrund der damit verbundenen Unwägbarkeiten derzeit nicht zu treffen.

II)

Für eine Herabsetzung des Ehegattenunterhalts gem. § 1578b Abs. 1 BGB fehlt es an ausreichenden - vom Antragsteller darzulegenden - Anhaltspunkten für die Annahme der Unbilligkeit des geschuldeten Ehegattenunterhalts. Infolge der Kinderbetreuung kurz nach der Eheschließung der Parteien und der Aufgabe ihrer Berufstätigkeit als Steuerfachgehilfin sind der Antragsgegnerin nicht unerhebliche ehebedingte Nachteile entstanden, die in der Regel einer Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs entgegen stehen. Hinzu kommt, dass der Antragsteller ohnehin nicht in der Lage ist, den eheangemessen Unterhalt zu zahlen. Der von ihm geschuldete Ehegattenunterhalt liegt unterhalb des Existenzminimums der Antragsgegnerin von derzeit 770 € (vgl. Zi. 21.4.2 HLL, Stand 1.1.2008). Unter diesen Umständen erscheint eine Herabsetzung des Ehegattenunterhalts – jedenfalls derzeit – unbillig.

C)

Zinsen für „etwaige“ rückständige Unterhaltsansprüche kann die Antragsgegnerin nicht verlangen. Hierzu fehlt es an einem den Anforderungen des § 253 Abs. 2, Nr. 2 ZPO genügenden Antrag. Darauf ist die Antragsgegnerin in der Sitzung vor dem Senat am 23.9.2008 ausdrücklich hingewiesen worden. Eine dementsprechende Änderung des Antrags ist nicht erfolgt.

Die Unzulässigkeit ihres erstinstanzlich gestellten Zinsantrags folgt bereits daraus, dass bis zur Entscheidung des Familiengerichts rückständige Unterhaltsansprüche gar nicht entstanden sein konnten, denn das Familiengericht hatte über den Antrag der Antragsgegnerin auf Zahlung von Ehegattenunterhalt im Verbund (§ 623 Abs. 1, S. 1 ZPO) zu entscheiden. Bei einer Entscheidung im Verbund tritt die Rechtskraft der Scheidung in der Regel nicht vor der Entscheidung über die Folgesache Ehegattenunterhalt ein.

Zinsen für – nach Rechtskraft der Scheidung entstandene – rückständige Unterhaltsansprüche kann die Antragsgegnerin daher allenfalls im Wege der Klageerweiterung (§ 264 Nr. 2 ZPO) in der zweiten Instanz geltend machen. Das setzt einen bestimmten Antrag voraus. Ein Zahlungsantrag ist nur dann hinreichend bestimmt,

wenn die geforderte Summe konkret bezeichnet oder zumindest so genau angegeben wird, dass sie aufgrund allgemeinkundiger Umstände ohne weiteres berechnet werden kann (vgl. Zöller-Greger, a. a. O., § 253 Rz. 13a m. w. N.). Danach reicht es nicht aus, wenn die antragstellende Partei die Berechnung dem Gericht überlässt, indem sie für die Berechnung der Zinsen auf „etwaige“ Unterhaltsrückstände verweist. Vielmehr ist es erforderlich, dass die Partei den Unterhaltsrückstand, auf den sich der Zinsanspruch beziehen soll, konkret beziffert. Daran fehlt es.

D)

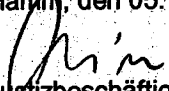
Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Reinken

Walter

Prautsch

Ausgefertigt
Hamm, den 05. November 2008


Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts

