

1739). Im Rahmen der Ermittlung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigte Tilgungsleistungen sind auf diese Altersvorsorgequote nicht anzurechnen (Fortführung von Senatsbeschluss BGHZ 213, 288 = FamRZ 2017, 519).

- d) Werden die mit der Berufsausübung verbundenen höheren Aufwendungen bereits pauschal oder konkret bei der Einkommensermittlung berücksichtigt, bedarf es im Einzelnen einer Begründung des Tatgerichts, wenn es mehr als ein Zehntel des Erwerbseinkommens der Bedarfsbemessung entzieht.
- e) Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch steht in einem Alternativverhältnis zu den Unterhaltsansprüchen des Kindes, weil er nur entsteht, wenn der Unterhaltsanspruch erfüllt worden ist.

BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2021 - XII ZB 557/20 - OLG Düsseldorf
AG Neuss

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 2021 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Nedden-Boeger, Dr. Botur und Guhling

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und des Antragsgegners wird der Beschluss des 7. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. November 2020 unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsbeschwerde des Antragsgegners im Kostenausspruch - ausgenommen die außergerichtlichen Kosten der früheren Antragsteller zu 2 bis 4 - und insoweit aufgehoben, als der Antragstellerin für die Jahre 2009 bis einschließlich 2012 Unterhalt zugesprochen worden ist und als das Oberlandesgericht den Unterhalt

- für die Monate November und Dezember 2009 auf weniger als monatlich 512 €,
- für das Jahr 2010 auf weniger als monatlich 1.738 €,
- für die Monate Januar bis einschließlich Mai 2011 auf weniger als monatlich 1.744 € und
- für die Monate Juni bis einschließlich Dezember 2011 auf weniger als monatlich 1.959 €

bemessen hat.

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

Von Rechts wegen

Gründe:

A.

- 1 Die Antragstellerin begehrt vom Antragsgegner Trennungsunterhalt, nach-ehelichen Unterhalt und familienrechtlichen Ausgleich für Unterhaltsleistungen an zwei der gemeinsamen Kinder.
- 2 Die im Jahr 1968 geborene Antragstellerin und der 1966 geborene An-tragsgegner schlossen im November 1988 die Ehe, aus der drei inzwischen voll-jährige, im Oktober 1994, im Januar 1996 und im Oktober 1997 geborene Kinder hervorgegangen sind. Die beiden Beteiligten trennten sich spätestens zu Anfang des Jahres 2009, ihre Ehe ist seit dem 20. April 2010 rechtskräftig geschieden. Die drei Kinder lebten - mit Ausnahme des jüngsten Kindes, das von Mitte Mai 2011 bis Ende Juli 2012 beim Antragsgegner wohnte - nach der Trennung mit der Antragstellerin im (ehemaligen) ehelichen Anwesen und befanden sich je- denfalls bis Ende 2016 noch in der Schul- und Berufsausbildung. Der Antrags- gegner zog in ein ihm gehörendes Hausanwesen und ist Vater zweier weiterer, im März 2014 und im Januar 2017 geborener Kinder, deren Mutter er im Juni 2013 geheiratet hatte.
- 3 Der Antragsgegner ist ausgebildeter Hotelkaufmann und machte sich im Jahr 1999 selbständig. Er ist Eigentümer einer Vielzahl von Immobilien, alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, von der er ein Geschäftsführerge- halt bezog, und war an zwei weiteren Gesellschaften beteiligt. Darüber hinaus erzielte er Gewerbeeinkünfte, die unter anderem aus der Verpachtung eines Ho- tels stammten, sowie Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (im Folgenden: VuV) und aus Kapitalvermögen. Die Antragstellerin schloss im Januar 1988 eine Ausbildung als Hotelfachfrau ab und war in diesem Beruf bis zur Geburt des ers- ten Kindes tätig. Im August 2009 nahm sie eine fachfremde teilschichtige Er- werbstätigkeit auf, bezog ab September 2014 Kranken- sowie Übergangsgeld und später Leistungen der Agentur für Arbeit und ist seit März 2016 wieder er- werbstätig.

4 Im Hinblick auf die beabsichtigte Trennung schlossen die beiden Beteiligten im Juni 2007 eine notarielle Trennungsvereinbarung, in der sie sich auf Gütertrennung sowie den Ausschluss von Zugewinn- und Versorgungsausgleich einigten. Zur Regelung der Vermögensauseinandersetzung verpflichtete sich die Antragstellerin, ihre Miteigentumsanteile am gemeinsamen Grundbesitz auf den Antragsgegner zu übertragen unter ihrer gleichzeitigen Entlassung aus sämtlichen, durch Grundpfandrechte gesicherten Verbindlichkeiten, die der Antragsgegner übernahm. Im Gegenzug hatte der Antragsgegner zudem eine bare Ge-
genleistung von 200.000 € (zahlbar in vier Raten zu 50.000 €, beginnend 2012 und dann im Abstand von fünf Jahren) zu erbringen sowie eine Übertragungs- und Bauverpflichtung hinsichtlich eines Wohnhausgrundstücks zu erfüllen. Außerdem wurde beginnend ab Juli 2007 ein Mietvertrag über das eheliche Anwesen geschlossen, das die Antragstellerin für zehn Jahre unentgeltlich nutzen durfte, wobei sie nur die verbrauchsabhängigen Nebenkosten selbst zu tragen hatte. Schließlich war festgelegt, dass „Leistungen, Erträge und Nutzungen, die [die Antragstellerin] aufgrund dieses Vertrages erhält bzw. hat (z.B. kostenfreies Wohnen, Erträge aus dem Ausgleichsbetrag in Höhe von 200.000 € etc.) bei Unterhaltszahlungen bzw. Unterhaltsansprüchen, die [die Antragstellerin] gegen [den Antragsgegner] hat, nicht berücksichtigt bzw. auf diese nicht angerechnet werden.“ Im Dezember 2013 verkaufte die Antragstellerin eine in ihrem Alleineigentum stehende, aber mit Mitteln des Antragsgegners erworbene Immobilie in Marokko, wobei der Verkaufspreis nach Behauptung des Antragsgegners 230.000 € betrug.

5 Mit Schreiben vom 16. November 2009 forderte die Antragstellerin den Antragsgegner auf, im Hinblick auf Kindes- und Ehegattenunterhalt Auskunft über sein Einkommen zu erteilen; mit Schreiben vom 22. April 2010 erfolgte die Aufforderung zur Auskunftserteilung im Hinblick auf die Zahlung nahehehlichen Unterhalts.

6 Mit ihrem am 17. November 2010 zugestellten Stufenantrag hat die Antragstellerin den Antragsgegner auf Zahlung von Getrenntlebens- und nahehehlichem Unterhalt in Anspruch genommen und darüber hinaus als Vertreterin der

drei Kinder rückständigen und laufenden Kindesunterhalt geltend gemacht. Nach einem Teil-Anerkenntnisbeschluss über die Auskunftsstufe vom 2. Dezember 2011 sind die Unterhaltsansprüche mit Schriftsatz vom 11. Juli 2013, zugestellt am 20. Februar 2014, beziffert worden. Die Antragstellerin hat dabei für die Zeit bis einschließlich Juli 2013 Unterhalt von insgesamt 83.108 € und ab Dezember 2013 laufenden monatlichen Unterhalt von 1.744 € begehrt. Noch im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens haben die inzwischen volljährig gewordenen beiden älteren Kinder die Anträge auf Kindesunterhalt zurückgenommen - das jüngste Kind hat seinen Antrag im Beschwerdeverfahren zurückgenommen - und die Antragstellerin hat Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen für den Unterhalt der beiden älteren Kinder als familienrechtliche Ausgleichsansprüche in Höhe von 27.127,07 € und 23.939,75 € geltend gemacht.

7 Das Amtsgericht hat der Antragstellerin Unterhalt bis einschließlich Juli 2013 in Höhe von insgesamt 78.653,80 € zugesprochen, wobei es den Unterhaltsanspruch ab Anfang 2013 auf 1.300 € monatlich begrenzt hat sowie ab Januar 2015 auf monatlich 648,56 € und ab Oktober 2015 auf monatlich 300 €; für die Folgezeit ab Januar 2017 hat es den Unterhaltsantrag aufgrund Befristung abgewiesen. Zudem hat es auf familienrechtliche Ausgleichsansprüche in Höhe von 10.856,30 € und 13.676,30 € erkannt.

8 Auf die Beschwerde des Antragsgegners ist das Oberlandesgericht zu teilweise geringeren Beträgen gelangt, nämlich bis einschließlich Juli 2013 zu einem Unterhaltsbetrag von insgesamt 64.680 € und hinsichtlich der familienrechtlichen Ausgleichsansprüche zu 4.988,49 € und 7.808,49 €. Für den Zeitraum ab Dezember 2013 ist die Beschwerde hingegen erfolglos geblieben.

9 Gegen diese Entscheidung richten sich die zugelassenen Rechtsbeschwerden beider Beteiligten. Während der Antragsgegner weiterhin die vollständige Antragsabweisung erstrebt, will die Antragstellerin einen um insgesamt 7.273 € höheren Unterhaltsbetrag bis einschließlich Juli 2013 erstreiten. Diese Mehrforderung setzt sich zusammen aus jeweils 227 € für November und Dezember 2009 (jeweils 512 € statt 285 €), jeweils 441 € für Januar bis Dezember 2010 (jeweils 1.738 € statt 1.297 €) und jeweils 127 € für Januar bis Dezember

2011 (Januar bis Mai jeweils 1.744 € statt 1.617 €, Juni bis Dezember jeweils 1.959 € statt 1.832 €).

B.

10 Die Rechtsbeschwerden führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht, soweit es um den Getrenntlebens- und nachehelichen Unterhalt der Antragstellerin bis Ende 2012 geht. Die weitergehende Rechtsbeschwerde des Antragsgegners bleibt hingegen ohne Erfolg.

I.

11 Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

12 Der Antragstellerin stehe bis zur Rechtskraft der Scheidung ein Anspruch auf Trennungsunterhalt und ab diesem Zeitpunkt bis Ende 2016 ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt zu, der sich jeweils nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemesse.

13 Bei der Ermittlung des Einkommens des Antragsgegners seien negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb für das Jahr 2009, in dem diese Tätigkeit aufgenommen worden sei, zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Einkünfte aus VuV, die allesamt aus vor Rechtskraft der Scheidung erworbenen Mietobjekten erzielt worden seien, müsse eine Bereinigung um die Absetzung für Abnutzung (AfA) erfolgen und es sei eine Verrechnung der positiven mit den negativen Überschüssen aus allen Objekten vorzunehmen. Entgegenzusetzen seien nicht nur die steuerlich bereits berücksichtigten Zins-, sondern auch die Tilgungsleistungen bis zur Höhe der positiven Gesamteinkünfte aus VuV. Eine fiktive Steuerlast sei nicht in Ansatz zu bringen und würde im Übrigen auch zu keinem anderen Ergebnis führen. Der objektive Wohnwert für die vom Antragsgegner genutzte Immobilie - für die er in sämtlichen Unterhaltsjahren auch Einkünfte aus VuV erzielt habe - belaufe sich auf monatlich 1.200 €, wovon allerdings bis Ende 2012 (danach fehle

es an ausreichenden Darlegungen) Zins- und Tilgungsleistungen von monatlich 914 € abzuziehen seien.

14 Soweit die Tilgungsleistungen für die Mietobjekte nicht bereits den Einnahmen aus VuV entgegengerechnet worden seien, könnten sie grundsätzlich als Altersvorsorgeaufwendungen Berücksichtigung finden. Auf die dem Antragsgegner als selbständig Tätigem zuzugestehende Altersvorsorgequote von 24 % der Bruttoerwerbseinkünfte des Vorjahres müssten die bei den Einkünften aus VuV bereits berücksichtigten Tilgungen jedoch angerechnet werden. Ob der Antragsgegner im Jahr 2012 tatsächlich eine Photovoltaikanlage angeschafft habe, könne offenbleiben, da selbst bei Anerkennung des auf dem Investitionsabzugsbetrag beruhenden Verlustabzugs der Unterhaltsanspruch der Antragstellerin weit über ihrem Antrag liege.

15 Danach habe der Antragsgegner aus allen Einkunftsarten über Gesamteinkünfte von 51.687 € (2009), 134.225,48 € (2010), 182.935,48 € (2011) und 109.289 € (2012) verfügt, woraus sich unter Berücksichtigung von Steuer, Krankenversicherung, Wohnwert und Altersvorsorge bereinigte Monatseinkommen von 3.873,30 € (2009), 6.983,06 € (2010), 9.565,23 € (2011) und 6.757,17 € (2012) ergäben. Dem stünden bereinigte Monatseinkünfte der Antragstellerin von 981,05 € (2009), 995 € (2010), 1.192 € (2011), 1.588 € (Januar bis Juli 2012) und 1.262 € (August bis Dezember 2012) gegenüber. Dabei müsse sich die Antragstellerin nicht auf die Verwertung von Vermögensgegenständen verweisen lassen, was sowohl für eine Ende 2010 ausgezahlte Lebensversicherung in Höhe von 27.572 € als auch für die aufgrund der Trennungsvereinbarung erhaltenen 200.000 € gelte.

16 Unter Berücksichtigung der Unterhaltsansprüche der drei Kinder - die für 2009 der siebten und ab 2010 der obersten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle ohne Herabstufung zu entnehmen seien - sowie eines Anreizsiebteils bei beiden Beteiligten errechneten sich Unterhaltsansprüche der Antragstellerin von monatlich 708 € (2009), 1.762 € (2010), 3.388 € (2011), 1.487 € (Januar bis Juli 2012), 1.627 € (August und September 2012), 1.626 € (Oktober 2012) und 1.624 € (November und Dezember 2012). Als Zahlungen des Antragsgegners sei

zu berücksichtigen, dass er in den Jahren 2009 bis 2011 Verbrauchskosten der von der Antragstellerin genutzten Immobilie von monatlich 423 € (2009), 465 € (2010) und 127 € (2011) getragen habe; für diese drei Jahre stehe der Antragstellerin daher noch Unterhalt von monatlich 285 € (2009), 1.297 € (2010), 1.617 € (Januar bis Mai 2011) und 1.832 € (Juni bis Dezember 2011) zu, wobei die Zahlungen des Antragsgegners für das Jahr 2011 von dem vom Amtsgericht jeweils ausgeworfenen, von der Antragstellerin nicht angegriffenen Unterhaltsbetrag in Abzug zu bringen seien.

- 17 Im Jahr 2013 habe der Antragsgegner über ein monatliches Gesamteinkommen von 13.743,35 € verfügt, so dass sich selbst bei Berücksichtigung des Einkommens der Antragstellerin unter Hinzurechnung einer Rente aus dem Erlös der Immobilie in Marokko und der neuen Unterhaltsverpflichtungen des Antragsgegners Unterhaltsansprüche weit oberhalb des vom Amtsgericht auf 1.300 € herabgesetzten Monatsbetrags ergäben. Gleiches gelte für die Zeit bis Ende 2016, zumal der Unterhalt weiter herabgesetzt sei und der Antragsgegner teilweise noch höhere Einkünfte erzielt habe.
- 18 Die danach in einer Gesamthöhe von 91.917,04 € bestehenden Unterhaltsansprüche seien nicht wegen Zeitablaufs verwirkt. Unabhängig von der Erfüllung des Zeitmoments fehle es am Umstandsmoment. Die Befristung und die Herabsetzung des nahehelichen Unterhalts sei jedenfalls nicht für den Antragsgegner nachteilig. Die Unterhaltsansprüche entfielen auch nicht ab 2014 wegen Vorliegens einer verfestigten Lebensgemeinschaft der Antragstellerin, weil die bereits auf Beträge weit unterhalb des Anspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Zahlungen den Antragsgegner nicht grob unbillig belasteten. Nichts anderes gelte, soweit sich der Antragsgegner auf eine Verwirkung wegen der Veräußerung der marokkanischen Immobilie berufe. Ins Leere gehe schließlich auch der Verwirkungseinwand des Antragsgegners wegen behaupteten Verbrauchs von Sparguthaben der Kinder, da es sich nicht um Vermögen des Antragsgegners handele.
- 19 Der Antrag auf familienrechtlichen Ausgleich sei zulässig, weil die Antragstellerin wirksam anstelle der beiden älteren Kinder in das Verfahren eingetreten

sei und die Voraussetzungen für einen Parteiwechsel gegeben seien. Begründet sei er für die Jahre 2009 bis 2011 jedoch nur, soweit es um den Mindestunterhalt gehe. Aufgrund der beengten wirtschaftlichen Verhältnisse der Antragstellerin sei nur insoweit davon auszugehen, dass sie den Kindesunterhalt auch erbracht habe. Für die Jahre 2012 und 2013 sei aufgrund der zwischenzeitlich zugeflossenen Mittel hingegen plausibel, dass die Antragstellerin auch den darüber hinausgehenden Bedarf getragen habe. Mit dem Auskunftsschreiben im November 2009 habe die Antragstellerin auch bereits deutlich gemacht, Ersatz verlangen zu wollen. Die auszugleichenden Beträge beliefen sich unter Berücksichtigung von Zahlungen des Antragsgegners pro Kind und Jahr auf 590 € (2009) und 2.706,49 € (2010). Im Jahr 2011 überstiegen die auf den Kindesunterhalt erbrachten Zahlungen des Antragsgegners den Mindestbedarf. Für das älteste Kind könne die Antragstellerin zudem 1.692 € (für 2012) ersetzt verlangen und für das mittlere Kind zweimal 2.256 € (je 2012 und 2013). Diese Beträge summierten sich auf 4.988,49 € und 7.808,49 €, die der Antragstellerin als Gesamtgläubigerin mit den beiden Kindern zustünden.

II.

20 Das hält rechtlicher Nachprüfung nur teilweise stand. Der angefochtene Beschluss leidet unter Rechtsfehlern, die für den Ausspruch zum Unterhaltsanspruch der Antragstellerin betreffend den Zeitraum bis zum Ende des Jahres 2012 entscheidungserheblich sind.

21 1. Die Bemessung der aus §§ 1361, 1573 Abs. 2 BGB folgenden Unterhaltsansprüche der Antragstellerin ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

22 a) Das gilt zunächst für die Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens des Antragsgegners im Rahmen der Bemessung des Bedarfs nach § 1578 Abs. 1 BGB.

23 aa) Rechtsbeschwerderechtlich zu beanstanden ist bereits die unterhaltsrechtliche Behandlung der Einkünfte des Antragsgegners aus VuV durch das Oberlandesgericht.

24 (1) Zu Recht hat das Oberlandesgericht allerdings diese Einkünfte im vorliegenden Fall um die steuerlich berücksichtigten Abschreibungen für Gebäudeabnutzungen (AfA) erhöht.

25 Nach der Rechtsprechung des Senats, von der abzuweichen kein Anlass besteht, berühren Abschreibungen für die Abnutzung von Gebäuden das unterhaltsrechtlich maßgebende Einkommen nicht, weil ihnen lediglich ein Verschleiß von Gegenständen des Vermögens zugrunde liegt und die zulässigen steuerlichen Pauschalen vielfach über das tatsächliche Ausmaß der Wertminderung hinausgehen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sie durch eine günstige Entwicklung des Immobilienmarkts ausgeglichen werden können (Senatsurteil vom 1. Dezember 2004 - XII ZR 75/02 - FamRZ 2005, 1159, 1160 mwN) und der Wertverlust eines Gebäudes - soweit ein solcher eintritt - sich regelmäßig über einen so langen Zeitraum erstreckt, dass er gegenüber der Unterhaltungspflicht vernachlässigt werden kann (vgl. Wendl/Dose/Gerhardt Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 1 Rn. 457). Denn für diese bedarf es der Erfassung der realen Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, die periodengerecht zu erfolgen hat (vgl. Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1603 Rn. 51). Eine Berücksichtigung des mit der Nutzung zur Einkunftserzielung verbundenen Wertverlusts eines Gebäudes kommt nur dann in Betracht, wenn sich dieser Wertverlust anhand konkreter Zahlen feststellen lässt (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 2012 - XII ZR 177/09 - FamRZ 2012, 514 Rn. 33). Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

26 (2) Keinen rechtsbeschwerderechtlichen Bedenken unterliegt vorliegend auch, dass das Oberlandesgericht seinen Berechnungen einen Saldo hinsichtlich der Einnahmen aus allen vom Antragsgegner vermieteten Objekten zugrunde gelegt hat, in den bei einzelnen Objekten auch negative Jahresergebnisse eingeflossen sind. Unabhängig davon, dass alle Objekte vor Rechtskraft der Scheidung angeschafft worden sind und damit in ihrer Gesamtheit Eheprägend waren, kann sich die Berücksichtigung auch negativer Einkünfte des Antragsgegners unterhaltsrechtlich nur zum Nachteil der Antragstellerin auswirken, die hierzu jedoch keine Gegenrüge erhoben hat. Dass die Immobilien, bei denen in einzelnen

Jahren Negativeinkünfte zu Buche stehen, regelmäßig zu Verlusten geführt haben und ihre unterhaltsrechtliche Berücksichtigung mithin zu einer Vermögensbildung auf Kosten der unterhaltsberechtigten Antragstellerin erfolgen würde (vgl. dazu Wendl/Dose/Gerhardt Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 1 Rn. 459), ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

27 Ohne Erfolg bleibt die Rüge des Antragsgegners, für die Objekte mit negativen Einkünften bedürfe es einer fiktiven Steuerberechnung. Denn diese Negativeinkünfte wirken sich einnahmevermindernd und damit unterhaltsrechtlich zu seinem Vorteil aus. Würde man hingegen den Saldo insoweit bereinigen und auf die dann höheren Einkünfte eine fiktive Steuer errechnen, verblieben zwingend deutlich höhere Gesamteinnahmen des Antragsgegners als die vom Oberlandesgericht in die Berechnung eingestellten. Die Rüge geht aber auch dann fehl, wenn man sie dahin versteht, dass die Berücksichtigung derjenigen Beträge, die das zu versteuernde Einkommen als Absetzung für Abnutzung vermindern, als unterhaltsrechtlich relevante Einkünfte zu einer fiktiven Steuerberechnung - mit einem dann höheren Steuerabzug - zwingen. Denn diesen Beträgen stehen keine tatsächlichen Aufwendungen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 30. Januar 2013 - XII ZR 158/10 - FamRZ 2013, 616 Rn. 14 mwN) gegenüber, sondern sie stehen vollständig für Unterhaltszwecke zur Verfügung.

28 (3) Teilweise rechtsfehlerhaft hat das Oberlandesgericht jedoch den so ermittelten Einnahmen aus VuV die für die Finanzierung dieser Objekte vom Antragsgegner aufgebracht, Zins und Tilgung enthaltenden Darlehens-Annuitäten mit der Folge gegengerechnet, dass es keine positiven Einkünfte aus dieser Einkunftsart bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt hat.

29 (a) Der Senat hat im Rahmen des Elternunterhalts entschieden, dass dem grundsätzlich einkommenserhöhenden Wohnvorteil nicht nur die Zinsleistung gegenzurechnen ist, die der die Immobilie Nutzende auf einen zu ihrer Finanzierung aufgenommenen Kredit erbringt. Auf den Wohnvorteil sind vielmehr auch die Tilgungsleistungen bis zur Höhe des Wohnwerts anzurechnen. Denn auch bei diesen handelt es sich nicht um eine Vermögensbildung „zu Lasten“ des Unterhaltsberechtigten, da es ohne Zins und Tilgung schon den Wohnvorteil in Form einer

ersparten Miete nicht gäbe (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 213, 288 = FamRZ 2017, 519 Rn. 33 mwN). Für den Ehegattenunterhalt ist das nicht anders zu beurteilen (Senatsbeschluss vom 4. Juli 2018 - XII ZB 448/17 - FamRZ 2018, 1506 Rn. 31).

30 Diese Argumentation gilt aber nicht nur für einen Wohnvorteil, sondern auch für Einkünfte aus VuV, die mittels kreditfinanzierter Immobilien erzielt werden (vgl. Borth FamRZ 2019, 160, 162). Bis zur erzielten Miete ist daher bei diesen ebenfalls nicht nur die - die Einkünfte bereits steuerrechtlich vermindernde - Zins-, sondern auch die Tilgungsleistung unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen.

31 (b) Diesen Maßgaben wird aber nicht gerecht, dass das Oberlandesgericht nicht nach einzelnen Objekten differenziert, sondern dem Gesamtsaldo die Tilgungsleistungen aller Objekte ohne die Prüfung gegenübergestellt hat, ob in einem bestimmten Jahr die für eine Immobilie gezahlte Tilgung die mit dem Objekt erzielte Miete überstiegen hat. Wie sich aus der angefochtenen Entscheidung ergibt, hat das Oberlandesgericht jedenfalls für die Jahre 2009 bis 2012 den insgesamt positiven Einkünften aus VuV jeweils Tilgungen gegengerechnet, die auf Objekte mit teilweise für das jeweilige Jahr negativem Ergebnis und teilweise weit unter der Tilgungshöhe liegendem positiven Ergebnis geleistet wurden. Auf diese Weise wurde nicht nur dem Umstand Rechnung getragen, dass auch die Tilgung erforderlich war, um mit dem Objekt Mieteinkünfte zu erzielen, sondern letztlich rechnerisch eine unzulässige Vermögensbildung auf Kosten der Unterhaltsberechtigten betrieben, indem aus anderen Immobilien erzielte Erlöse zur objektfremden Darlehenstilgung herangezogen wurden.

32 bb) Mit Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners die in der angefochtenen Entscheidung angestellten Erwägungen des Oberlandesgerichts zum Wohnwert der vom Antragsgegner bewohnten Immobilie. Denn das Oberlandesgericht hat sich einerseits für die Bemessung des Wohnvorteils mit 1.200 € monatlich - dem es grundsätzlich zutreffend Zins- und Tilgungsleistungen gegengerechnet hat - auf die gesamte Fläche dieses Objekts gestützt, andererseits in die Einkünfte aus VuV der Jahre 2009 bis 2011 für eben diese Immobilie aber auch Mieteinnahmen eingerechnet. Dies schließt sich denotwendig aus, so

dass selbst bei mangelhaften Darlegungen des Antragsgegners nicht zu seinen Lasten parallel von einer vollständigen Eigennutzung und einer Fremdvermietung ausgegangen werden kann. Vielmehr hätte das Oberlandesgericht dann, wenn der Antragsgegner trotz gerichtlichen Hinweises keine ausreichende Sachverhaltsklärung ermöglicht haben sollte, seinen Berechnungen diejenige Nutzungsalternative zugrunde legen müssen, die zu dem der Antragstellerin günstigeren Ergebnis führt.

33 cc) Keinen rechtlichen Bestand können auch die Ausführungen des Oberlandesgerichts zur unterhaltsrechtlich berücksichtigungsfähigen Altersvorsorge des Antragsgegners haben.

34 (1) Bereits der Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts, das dem Antragsgegner eine Altersvorsorge in Höhe von 24 % der Erwerbseinkünfte des jeweiligen Vorjahres zubilligen will, ist nur teilweise zutreffend.

35 Nicht rentenversicherungspflichtige Beschäftigte und Selbständige können als Äquivalent zu der von rentenversicherungspflichtigen Arbeitnehmern mittels der Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung betriebenen Grundvorsorge einen Anteil von rund 20 % ihres Bruttoeinkommens für die primäre Altersvorsorge einsetzen. Zudem wird unterhaltsrechtlich eine - über die primäre Altersversorgung hinausgehende - zusätzliche Altersvorsorge von bis zu 4 % des Gesamtbruttoeinkommens akzeptiert, so dass Selbständige wie der Antragsgegner in der Summe 24 % ihres Bruttoerwerbseinkommens für die Altersvorsorge aufwenden und damit - soweit eine solche Vorsorge tatsächlich betrieben wird - von ihrem Einkommen absetzen können (vgl. etwa Senatsurteil BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 Rn. 67 f.).

36 Als Bemessungsgrundlage für diesen Prozentsatz ist allerdings nicht das Einkommen des jeweiligen Vorjahres heranzuziehen. Nicht anders als Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung, die ausgehend vom jeweils laufenden Erwerbseinkommen berechnet werden, kann der Unterhaltspflichtige jedenfalls bei - wie hier - abgeschlossenen Unterhaltszeiträumen auf das in diesen jeweils erzielte Erwerbseinkommen abstellen, um die Höchstgrenze seiner Altersvorsorge

zu ermitteln. Dementsprechend sehen auch die vom Oberlandesgericht herangezogenen Leitlinien des Oberlandesgerichts Düsseldorf (dort Punkt 10.1.2) nicht das Einkommen des Vorjahres als Bezugspunkt vor. Im Übrigen hat das Oberlandesgericht - worauf die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners zu Recht hinweist - für das Jahr 2010 ohnehin auf das in diesem Jahr erzielte Erwerbseinkommen abgestellt.

37 (2) Dem Oberlandesgericht kann auch nicht darin zugestimmt werden, dass die Darlehenstilgungen, die im Zusammenhang mit der Ermittlung der aus VuV erzielten Einkünfte berücksichtigt worden sind, auf die Altersvorsorgequote von 24 % anzurechnen sind und damit den als Altersvorsorge möglichen Höchstbetrag reduzieren.

38 Zwar bildet ein Unterhaltsschuldner, der mit den Mieteinnahmen aus einem darlehensfinanzierten Objekt neben Zinszahlungen auch die Tilgung bestreitet, sukzessive unbelastetes Immobilieneigentum, das grundsätzlich zur Altersvorsorge geeignet ist. Bis zur Obergrenze der Mieteinkünfte geht diese Tilgung aber letztlich nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten, weil die Mieteinnahmen erst durch Zins und Tilgung ermöglicht werden. Es verhält sich insoweit nicht anders als bei der Anrechnung der Tilgung auf den Wohnwert eines vom Unterhaltsschuldner für eigene Wohnzwecke genutzten Objekts. Für diese Fallgestaltung hat der Senat bereits anerkannt, dass nur die den Wohnwert übersteigende Tilgung eine zusätzliche, unterhaltsrechtlich relevante Altersvorsorge darstellt (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 213, 288 = FamRZ 2017, 519 Rn. 32 ff.). Denn nur insoweit werden nicht durch Zins und Tilgung erst generierte Einkünfte unterhaltsrechtlich „neutralisiert“, sondern davon unabhängige Mittel des Unterhaltsschuldners „auf Kosten des Unterhaltsberechtigten“ zur Vermögensbildung verwendet.

39 b) Rechtlich beanstandungsfrei ist hingegen die Ermittlung des Einkommens der Antragstellerin erfolgt. Der vom Antragsgegner insoweit einzig geltend gemachte Einwand, das Oberlandesgericht habe zu Unrecht eine Pflicht der Antragstellerin zur Verwertung ihres Vermögensstamms abgelehnt, geht ins Leere.

40 Entgegen der hierzu erhobenen Rüge hat das Oberlandesgericht den Wortlaut der in die Trennungsvereinbarung aufgenommenen Regelung zur Nichtberücksichtigung von Leistungen, Erträgen und Nutzungen berücksichtigt und diesem in rechtsbeschwerderechtlich bedenkenfreier tatgerichtlicher Auslegung entnommen, dass hiervon auch die - ohnehin erstmals im Jahr 2012 in einer ersten Rate von 50.000 € geleistete - Ausgleichszahlung erfasst ist. Die Verwertung der im Jahr 2010 ausgezahlten Lebensversicherungssumme von rund 25.000 € hat das Oberlandesgericht mit rechtlich zutreffenden Erwägungen als unbillig im Sinne des § 1577 Abs. 3 BGB eingestuft, ohne dass die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners hierzu Rechtserhebliches einwendet.

41 Soweit es schließlich den Erlös aus dem Ende 2013 erfolgten Verkauf des Hauses in Marokko anbelangt, verweist das Oberlandesgericht zum einen zu Recht darauf, dass sich daraus eine Pflicht zum Vermögenseinsatz nach § 1577 Abs. 1 BGB erst ab 2014 ergeben könnte. Zum anderen ist es davon ausgegangen, dass selbst bei Verwertung eines zugunsten des Antragsgegners unterstellten Verkaufserlöses von 230.000 € in Form einer monatlichen Rente ein rechnerischer Unterhaltsanspruch der Antragstellerin in einer weit über der ab Januar 2014 ohnehin auf nur noch monatlich 1.300 € herabgesetzten Höhe verbleiben würde. Das wird auch von der Rechtsbeschwerde nicht mit Erfolg in Zweifel gezogen.

42 c) Die vom Oberlandesgericht auf der Grundlage der beiderseitigen Einkommen der Beteiligten vorgenommene Bedarfsermittlung weist wiederum Rechtsfehler auf.

43 aa) Anders als die Antragstellerin meint, ist allerdings rechtlich zutreffend, dass das Oberlandesgericht mit den vom Antragsgegner als Kindesunterhalt geschuldeten und nicht mit den von ihm tatsächlich gezahlten Beträgen gerechnet hat. Denn bei der Bestimmung des Bedarfs eines (geschiedenen) Ehegatten nach den ehelichen Lebensverhältnissen ist vom zur Verfügung stehenden Einkommen vorab das abzuziehen, worauf nach § 1609 BGB vorrangige Unterhaltsberechtigten - wie hier die Kinder der Beteiligten - Anspruch haben. Nur der verbleibende Rest steht für die Lebensgestaltung der Ehegatten und damit für deren

Bedarfsermittlung zur Verfügung. Fragen der Leistungsfähigkeit gemäß § 1603 BGB, bei denen es auf den Zahlbetrag ankommen könnte (vgl. dazu Senatsbeschlüsse vom 22. Mai 2019 - XII ZB 613/16 - FamRZ 2019, 1415 Rn. 20 ff. mwN und vom 29. Januar 2020 - XII ZB 580/18 - FamRZ 2020, 577 Rn. 29 f. mwN), stellen sich hier nicht.

44 bb) Ebenfalls ohne Erfolg rügt der Antragsgegner, das Oberlandesgericht habe für das Jahr 2011 den Unterhalt nicht nach einer Quote berechnen dürfen, weil es zu einem höheren Unterhaltsanspruch als dem nach seiner eigenen, für den fraglichen Zeitraum geltenden Rechtsprechung höchstmöglichen Quotenunterhalt von 3.000 € monatlich gelangt sei.

45 Denn unbeschadet der jüngeren Rechtsprechung des Senats zur Frage des Quotenunterhalts bei höheren Einkommen (vgl. Senatsbeschlüsse BGHZ 217, 24 = FamRZ 2018, 260 Rn. 18 ff. mwN und BGHZ 223, 203 = FamRZ 2020, 21 Rn. 29 mwN) lässt der Antragsgegner bereits außer Acht, dass der ausgeteilte Unterhalt - ebenso wie der von der Antragstellerin begehrte - weit unterhalb von 3.000 € liegt. Zudem hat das Oberlandesgericht bei der Ermittlung des Unterhaltsanspruchs der Antragstellerin für 2011 den Erwerbstätigenbonus zwar als zu berücksichtigende Position benannt, aber rechnerisch nicht umgesetzt.

46 cc) Rechtlichen Bedenken begegnet jedoch, dass das Oberlandesgericht im Rahmen der Bedarfsermittlung den Erwerbstätigenbonus auf ein Siebtel bemessen hat.

47 Zwar kann bei der Bedarfsbemessung nach der Quotenmethode ein Erwerbsanreiz sowohl beim Unterhaltspflichtigen als auch beim Unterhaltsberechtigten berücksichtigt und damit zugunsten eines erwerbstätigen Beteiligten von einer strikt hälftigen Aufteilung in maßvoller Weise abgewichen werden, um den mit einer Berufsausübung verbundenen höheren, noch nicht anderweitig abgesetzten Aufwand zu berücksichtigen und zugleich einen Anreiz zur Erwerbstätigkeit zu schaffen, dessen Bestimmung in tatgerichtlicher Verantwortung zu erfolgen hat (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 224, 54 = FamRZ 2020, 171 Rn. 18 ff. mwN).

48 Der Senat hat jedoch schon darauf hingewiesen, dass die Rechtfertigung des Erwerbstätigenbonus insoweit entfällt, als die mit der Berufsausübung verbundenen höheren Aufwendungen entweder bei Selbstständigen von vornherein im Rahmen der Gewinnermittlung oder bei Nichtselbstständigen (pauschal mit 5 % oder konkret) berücksichtigt werden (Senatsbeschluss BGHZ 224, 54 = FamRZ 2020, 171 Rn. 23 mwN). Erschöpft sich die Funktion des Erwerbstätigenbonus dann jedoch - wie auch im vorliegenden Fall - darin, die mit der Ausübung einer Berufstätigkeit regelmäßig verbundene, nicht allein mit der Abgeltung berufsbedingter Aufwendungen kompensierte persönliche Mehrbelastung des Erwerbstätigen unterhaltsrechtlich zu honorieren, bedarf es im Einzelnen einer Begründung des Tatgerichts, wenn es mehr als ein Zehntel des Erwerbseinkommens der Bedarfsbemessung entzieht. Denn bei der pauschalen Ausnahme von dem Grundsatz, dass das gesamte Ehegatteneinkommen eheprägend im Sinne des § 1578 Abs. 1 BGB ist, ist - jedenfalls seit Geltung der Begrenzungsmöglichkeit durch Anwendung des § 1578 b BGB - Zurückhaltung geboten. Im Übrigen fehlt es an einem nachvollziehbaren Grund dafür, weshalb einzelne Oberlandesgerichte diese Erkenntnis mit der Anwendung der Süddeutschen Leitlinien umsetzen, während andere den Erwerbsanreiz nach wie vor mit einem Siebtel und damit in einer Weise unterschiedlich bemessen, die gerade bei höheren Einkommen und großen Einkommensunterschieden die Höhe des Unterhaltsanspruchs spürbar vermindert (vgl. hierzu Senatsbeschluss BGHZ 224, 54 = FamRZ 2020, 171 Rn. 23 f. mwN; dies verkennend Niepmann/Denkhaus/Schürmann FamRZ 2021, 923, 928).

49 Eine Begründung für den Ansatz eines ein Zehntel übersteigenden Erwerbstätigenbonus lässt sich der angefochtenen Entscheidung jedoch nicht entnehmen, ergibt sich auch nicht aus den angewandten Leitlinien und ist auch nicht sonst ersichtlich.

50 d) Schließlich rügt die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin zu Recht, dass das Oberlandesgericht die Zahlung von Verbrauchskosten für das von der Antragstellerin bewohnte Anwesen durch den Antragsgegner für das Jahr 2011

berücksichtigt hat, indem es die Beträge nicht von dem ermittelten höheren Unterhaltsanspruch, sondern von den vom Amtsgericht ausgeurteilten und von der Antragstellerin nicht angegriffenen Zahlbeträgen abgezogen hat. Dabei nimmt die Antragstellerin ausdrücklich hin, dass der Übernahme dieser Kosten eine bedarfsdeckende Wirkung zukommt, was auch rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden ist. Das Oberlandesgericht hat aber für das Jahr 2011 einen monatlichen Unterhaltsbedarf der Antragstellerin errechnet, der über den für diese Zeiträume durch das Amtsgericht zuerkannten Beträgen lag. Als bedarfsdeckende Leistungen hätten die Zahlungen als den Bedarf, nicht aber die erstinstanzlich titulierten Beträge vermindern in die Berechnung eingestellt werden müssen. Denn die teilweise Rechtskraft des amtsgerichtlichen Beschlusses bezog sich nur auf die Obergrenze des jeweiligen Zahlbetrags, nicht aber auf die diesem zugrundeliegenden Berechnungselemente.

51 2. Ohne Rechtsfehler hat es das Oberlandesgericht hingegen abgelehnt, den Unterhaltsanspruch der Antragstellerin über die vom Amtsgericht nach § 1578 b BGB vorgenommene Herabsetzung und zeitliche Begrenzung hinaus weiter gemäß § 1579 BGB einzuschränken. Die hierzu erhobenen Angriffe der Rechtsbeschwerde des Antragsgegners greifen nicht durch.

52 a) Wie das Oberlandesgericht richtig gesehen hat, kann nach § 1579 BGB ein Unterhaltsanspruch versagt, herabgesetzt oder zeitlich begrenzt werden, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre. Die abgestuften Beschränkungsmöglichkeiten erlauben es, einzelfallbezogen auf das Ausmaß einer Unbilligkeit zu reagieren (vgl. Wendl/Dose/Siebert Das Unterhaltsrecht in der tatrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 4 Rn. 1206). Ob und inwieweit der Unterhaltsanspruch ausgeschlossen ist, hängt jeweils von einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls ab und ist damit grundsätzlich Gegenstand der Beurteilung des Tatgerichts (vgl. Senatsurteil BGHZ 150, 202 = FamRZ 2002, 810, 813), dem insoweit ein eigener Beurteilungsspielraum zukommt (vgl. Senatsurteile vom 27. April 1988 - IVb ZR 58/87 - FamRZ 1988, 930, 933 und vom 15. Februar 2012 - XII ZR 137/09 - FamRZ 2012, 779 Rn. 36).

53 b) Bei Anlegung dieses Maßstabs ist die Billigkeitsabwägung des Oberlandesgerichts rechtsfehlerfrei.

54 aa) Es hat zu Gunsten des Antragsgegners eine verfestigte Lebensgemeinschaft der Antragstellerin im Sinne des § 1579 Nr. 2 BGB ab März 2014 unterstellt, aus dieser jedoch keine Rechtfertigung für eine weitergehende Befristung oder Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs abgeleitet. Dabei hat es sich unter anderem darauf gestützt, dass die herabgesetzten Unterhaltsbeträge bereits weit unterhalb der Beträge lägen, die sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen ergeben würden.

55 Diese Erwägung ist selbst in Anbetracht der aufgezeigten Rechtsfehler des Oberlandesgerichts im Zusammenhang mit der rechnerischen Ermittlung des Unterhalts uneingeschränkt zutreffend, weil sich der Unterhaltsanspruch der Antragstellerin für den Zeitraum ab März 2014 auch bei rechtsfehlerfreien Berechnungen oberhalb des Doppelten der monatlich 1.300 € bewegt, auf die das Amtsgericht den Anspruch für das Jahr 2014 herabgesetzt hat, und die ab Januar 2015 weiter herabgesetzten Beträge noch deutlicher übersteigt. Denn ausgehend von den mit der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen, wonach der Antragsgegner für das Jahr 2014 ein monatliches Erwerbseinkommen von 4.591,52 € sowie Einkünfte aus VuV und Kapitaleinkünfte von zusammen monatlich 8.101,73 € erzielte und die Antragstellerin über Erwerbseinkünfte von monatlich 1.013 € verfügte, ergibt sich selbst ohne Berücksichtigung eines Wohnwerts und mit einer Altersvorsorge in unterhaltsrechtlich zulässiger Maximalhöhe ein rechnerischer Unterhaltsanspruch der Antragstellerin von über 4.000 €. Selbst wenn die Antragstellerin darauf verwiesen würde, den Erlös des Hauses in Marokko im Wege einer Rente zu verwerten und ihr die insoweit vom Oberlandesgericht - im Rechtsbeschwerdeverfahren unangegriffen - ermittelte Monatsrente in Höhe von 1.173,85 € zugerechnet würde, verbliebe ein Anspruch von rund 3.000 €. Dass der zugesprochene Unterhalt den sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen ergebenden Anspruch deutlich unterschreitet, wird auch nicht mit Erfolg durch die nicht weiter ausgeführte Erwägung der Rechtsbeschwerde des Antragsgegners in Frage gestellt, dem Antragsgegner müsse ab 2013 der

Splittingvorteil aus seiner neuen Ehe verbleiben. Vorstehendes gilt erst recht für die Jahre 2015 und 2016, hinsichtlich derer für den Antragsgegner nochmals deutlich höhere Einkünfte festgestellt sind.

56 Zudem hat das Oberlandesgericht die Ehedauer von über 21 Jahren sowie die Rollenverteilung in der Ehe, aus der drei Kinder hervorgegangen sind, die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Beteiligten und den Gesamtzeitraum der Unterhaltszahlungen des Antragsgegners in seine Erwägungen eingestellt. Die Würdigung des Oberlandesgerichts ist mithin vollständig und auch im Ergebnis aus rechtsbeschwerderechtlicher Sicht bedenkenfrei.

57 bb) Ebenso verhält es sich, soweit der Antragsgegner sich auf die Veräußerung des Anwesens in Marokko beruft und hierdurch die Tatbestände von § 1579 Nr. 3 und 5 BGB verwirklicht sieht. Auch insoweit hat das Oberlandesgericht zu Gunsten des Antragsgegners das Vorliegen beider Unbilligkeitsgründe unterstellt, alle maßgeblichen Umstände in seine Würdigung einbezogen und insbesondere entgegen der vom Antragsgegner erhobenen Rüge nicht die behauptete schuldrechtliche Bindung hinsichtlich des Grundstücks unberücksichtigt gelassen.

58 cc) Schließlich dringt der Antragsgegner nicht mit dem Einwand durch, das Oberlandesgericht habe bei der Prüfung, ob die - vom Antragsgegner behauptete - Verwertung von Sparguthaben der Kinder durch die Antragstellerin eine weitere Einschränkung des Unterhaltsanspruchs nach § 1579 BGB rechtfertige, übersehen, dass nach § 1579 Nr. 3 BGB auch ein vorsätzliches Vergehen zum Nachteil eines nahen Angehörigen genüge.

59 Zwar hat das Oberlandesgericht allein darauf abgestellt, dass es sich insoweit um Vermögen der Kinder und nicht um solches des Antragsgegners gehandelt habe. Unabhängig davon teilt die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners jedoch schon keine Umstände mit, die die Annahme des von § 1579 Nr. 3 BGB geforderten schweren vorsätzlichen Vergehens tragen könnten. Im Übrigen

wäre mit Blick auf die im Rahmen der Rechtsfolgenabwägung weiter zu berücksichtigenden Umstände auch insoweit keine weitere Beschränkung oder Versagung des Unterhalts veranlasst.

60 3. Nicht begründet ist die insoweit nur vom Antragsgegner erhobene Rechtsbeschwerde gegen seine vom Oberlandesgericht ausgesprochene Verpflichtung zur Zahlung eines familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs für die den beiden älteren Kindern erbrachten Unterhaltsleistungen.

61 a) Das Oberlandesgericht hat im Ergebnis zu Recht die Zulässigkeit der Geltendmachung des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs durch die Antragstellerin bejaht.

62 Allerdings stellen sich insoweit nicht die vom Oberlandesgericht erwoگenen Rechtsfragen hinsichtlich eines Beteiligtenwechsels. Zwar wurden die beiden Kinder nach Erreichen der Volljährigkeit aufgrund eines Beteiligtenwechsels hinsichtlich der Kindesunterhaltsansprüche zu Beteiligten des Verfahrens (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juni 2013 - XII ZB 39/11 - FamRZ 2013, 1378 Rn. 6 ff. mwN). Sie haben aber noch in erster Instanz ihre Anträge zurückgenommen und sind als Beteiligte aus dem Verfahren ausgeschieden. Die Antragstellerin hat das Verfahren insoweit nicht fortgeführt, sondern mit dem familienrechtlichen Ausgleichsanspruch eine eigene Forderung im Wege der Antragserweiterung geltend gemacht. Diese steht nicht in Anspruchskonkurrenz zu den Unterhaltsansprüchen der Kinder, weil der familienrechtliche Ausgleichsanspruch nur entsteht, wenn der Unterhaltsanspruch erfüllt worden ist oder alternativ allein der Unterhaltsanspruch fortbesteht (vgl. dazu Senatsbeschlüsse BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 Rn. 44 und vom 7. Februar 2018 - XII ZB 338/17 - FamRZ 2018, 681 Rn. 27; Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1606 Rn. 76; Wendl/Dose/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 2 Rn. 778).

63 Die Zulässigkeit dieser nachträglichen Antragshäufung ist nach § 113 Abs. 1 FamFG, § 263 ZPO zu beurteilen (vgl. BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152,

2154 mwN) und hier schon deshalb zu bejahen, weil die Einwilligung des Antragsgegners aufgrund seiner in erster Instanz erfolgten rügelosen Einlassung im Sinne von § 267 ZPO anzunehmen ist. Im Übrigen hat das Oberlandesgericht auch die Sachdienlichkeit in rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen. Es ist entgegen der Rechtsbeschwerde des Antragsgegners nicht ersichtlich, dass schützenswerte Interessen der Kinder berührt würden. Derartiges folgt auch nicht aus einer vom Oberlandesgericht in den Beschlussgründen angenommenen Gesamtgläubigerschaft zwischen Antragstellerin und Kindern. Denn der Anspruch auf Kindesunterhalt und der familienrechtliche Ausgleichsanspruch stehen nicht nebeneinander, sondern in einem Alternativverhältnis (vgl. Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1606 Rn. 76; Wend/Dose/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 2 Rn. 778; aA etwa OLG Hamm NJW 2016, 2277, 2278), so dass Kind und Elternteil insoweit nicht Gesamtgläubiger im Sinne des § 428 BGB sind. Dass der familienrechtliche Ausgleichsanspruch die Berücksichtigung von Sach- und Streitstoff erfordert, der über den für die Unterhaltsansprüche maßgeblichen hinausgeht, hat das Oberlandesgericht gesehen und zutreffend als insoweit unschädlich eingestuft.

64 b) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, scheidet der familienrechtliche Ausgleichsanspruch der Antragstellerin für den Zeitraum bis zur Zustellung des Stufenantrags am 27. November 2010 nicht daran, dass es der Antragstellerin bei Leistungserbringung an der Absicht gefehlt hätte, vom Antragsgegner Ersatz zu verlangen.

65 Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch ist in der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich für solche Fälle anerkannt, in denen ein Elternteil für den Unterhalt eines gemeinsamen Kindes aufgekommen ist und dadurch dessen Unterhaltsanspruch erfüllt hat, obwohl (auch) der andere Elternteil ganz oder teilweise unterhaltspflichtig war. Der Anspruch beruht auf der Unterhaltspflicht beider Eltern gegenüber ihrem Kind und ergibt sich aus der Notwendigkeit, die Unterhaltlast im Verhältnis zwischen ihnen nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB entsprechend ihrem Leistungsvermögen gerecht zu verteilen (Senatsbeschluss vom

8. Februar 2017 - XII ZB 116/16 - FamRZ 2017, 611 Rn. 11 mwN). Unabhängig davon, inwieweit auch bei getrenntlebenden und geschiedenen Ehegatten eine Absicht des den Unterhalt leistenden Elternteils, vom anderen Elternteil Ersatz zu verlangen, erforderlich und die Beweisregel des § 1360 b BGB hierfür anzuwenden ist (vgl. hierzu etwa Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1606 Rn. 74; Wendl/Dose/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 2 Rn. 777), hat das Oberlandesgericht zutreffend eine entsprechende Absicht der Antragstellerin als durch das Schreiben vom 16. November 2009 dokumentiert gesehen, mit dem auch Auskunft im Hinblick auf den Kindesunterhalt gefordert worden ist. Rechtsbeschwerderechtlich relevante Einwände gegen diese tatgerichtliche Würdigung hat der Antragsgegner nicht erhoben.

66 c) Die familienrechtlichen Ausgleichsansprüche unterliegen auch in der vom Oberlandesgericht zuerkannten Höhe keinen rechtsbeschwerderechtlich durchgreifenden Bedenken. Für das Jahr 2011 hat das Oberlandesgericht einen Ausgleichsanspruch verneint, für die Jahre 2009 und 2010 hat es nur den jeweiligen Mindestunterhalt als von der Antragstellerin geleistet angenommen. Dass der Antragsgegner für diesen Mindestunterhalt nicht leistungsfähig im Sinne des § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB gewesen sein könnte, hat er mit seiner Rechtsbeschwerde schon nicht behauptet.

67 Aber auch für das Jahr 2012 sind der Rechtsbeschwerde des Antragsgegners keine durchgreifenden Einwendungen zu entnehmen. Zugesprochen hat das Amtsgericht, bestätigt durch das Oberlandesgericht, der Antragstellerin insoweit monatliche Beträge von 188 € pro Kind, die sich aus den von der Antragstellerin jeweils geforderten 522 € abzüglich der Zahlungen des Antragsgegners in Höhe von monatlich 334 € pro Kind errechnen. Dies entspricht den Unterhaltsbeträgen, die sich aus der Einkommensgruppe acht der Düsseldorfer Tabelle und mithin für ein monatliches Nettoeinkommen von 3.901 bis 4.300 € ergeben. Selbst unter dem Antragsgegner günstigsten rechtlichen Annahmen folgt aus seinen Einkünften für das Jahr 2012 jedenfalls ein für den Kindesunterhalt relevantes Monats-Nettoeinkommen oberhalb von 3.900 €.

- 68 4. Die aufgezeigten Rechtsfehler sind für den Ehegattenunterhalt im Zeitraum bis Ende 2012 entscheidungserheblich und bedingen insoweit die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nach § 74 Abs. 5 FamFG im Hinblick auf beide Rechtsbeschwerden. Denn es lässt sich insoweit nicht ausschließen, dass die vom Oberlandesgericht nach Zurückverweisung (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG) vorzunehmende neuerliche Unterhaltsberechnung zu einem Ergebnis führt, das dem jeweiligen, im Rechtsbeschwerdeverfahren noch verfolgten Rechtsmittelbegehren der Beteiligten entspricht.
- 69 Anders liegt es für den Zeitraum ab Beginn des Jahres 2013. Denn selbst bei rechnerischer Berücksichtigung sämtlicher zu Gunsten des Antragsgegners noch zu korrigierender Punkte verbleibt ein Unterhaltsanspruch der Antragstellerin weit oberhalb der vom Amtsgericht - insoweit rechtskräftig - herabgesetzten Monatsbeträge. Insoweit gilt das zu § 1579 BGB bereits für die Jahre 2014 bis 2016 Ausgeführte (vgl. oben 2.) in gleicher Weise, weil sich die tatgerichtlichen Feststellungen zu den Einkommensverhältnissen der Jahre 2013 und 2014 insoweit decken. Dahinstehen kann deshalb auch, ob das Oberlandesgericht dem Antragsgegner - wie dessen Rechtsbeschwerde rügt - zu Unrecht für 2013 einen Wohnwert von 1.200 € pro Monat mit der Begründung zugerechnet hat, er habe die gegenzurechnenden Zins- und Tilgungsleistungen nicht ausreichend dargelegt.
- 70 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass - anders als das Oberlandesgericht meint - nicht dahinstehen kann, ob und in welcher Weise der vom Antragsgegner für das Jahr 2012 wegen der Anschaffung einer Photovoltaikanlage geltend gemachte Investitionsabzugsbetrag in Höhe von 48.000 € von den Einnahmen aus Gewerbebetrieb zu Recht erfolgt ist. Entgegen den Ausführungen hierzu im angefochtenen Beschluss lag der unter seiner Berücksichtigung errechnete Unterhaltsanspruch der Antragstellerin für dieses Jahr unter dem geforderten Unterhalt, so dass die Berechtigung des Abzugs hätte geklärt werden müssen. Dass dies unterblieben ist, hat der Antragsgegner - für den sich die Berücksichtigung des Abzugs als einkommensvermindernd allerdings nur po-

sitiv ausgewirkt hat - mit seiner Rechtsbeschwerde gerügt. Nach der Zurückverweisung kann jedoch eine Neubewertung der Berechtigung des Investitionsabzugsbetrags gegebenenfalls dazu führen, dass die Antragstellerin den für das Jahr 2012 zugesprochenen Unterhalt verteidigen kann.

71 Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

Dose

Schilling

Nedden-Boeger

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

AG Neuss, Entscheidung vom 21.10.2019 - 48 F 316/10 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.11.2020 - II-7 UF 189/19 -