



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 63/07

Verkündet am:
17. Dezember 2008
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

BGB §§ 1361, 1581; ZPO § 287

- a) Zum Ehegattenselbstbehalt im Rahmen des Trennungsunterhalts bei Betreuung eines minderjährigen Kindes.
- b) Zu den Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast bei berufsbedingten Fahrten zur Arbeitsstätte.

BGH, Urteil vom 17. Dezember 2008 - XII ZR 63/07 - OLG Naumburg
AG Schönebeck

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 2008 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, den Richter Prof. Dr. Wagenitz, die Richterin Dr. Vézina sowie die Richter Dose und Dr. Klinkhammer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats - 2. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Naumburg vom 29. März 2007 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um Trennungsunterhalt für die Zeit ab Mai 2005.
- 2 Sie heirateten im Jahr 1982. Aus der Ehe sind die Kinder Niels (geb. 27. September 1988) und Linda (geb. 21. August 1990) hervorgegangen, deren Unterhalt durch Jugendamtsurkunden tituliert ist.
- 3 Die Parteien trennten sich im April 2005. Sie leben auch nach der Trennung in dem ihnen als Miteigentümern (dem Beklagten zu 2/3 und der Klägerin

zu 1/3) gehörenden Einfamilienhaus. Der Beklagte ist von Beruf Elektroingenieur. Er erzielt neben seinem Erwerbseinkommen Einnahmen aus Verpachtung. Die Klägerin ist Ingenieurin für Elektroenergieanlagen. Sie ließ sich aber während des Zusammenlebens der Parteien (unter anderem) zur Reiseverkehrskauffrau umschulen und war als solche nur zeitweilig tätig; zuletzt arbeitete sie bis Ende 2005 im Rahmen einer Geringverdienertätigkeit. Seit Anfang 2006 ist sie arbeitslos. Aufgrund einer Rheumaerkrankung ist sie mit einem Grad der Behinderung von 40 % schwerbehindert.

4 Das Amtsgericht - Familiengericht - hat den Beklagten zu Unterhaltszahlungen in wechselnder Höhe verurteilt und den Unterhalt bis März 2007 befristet. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht den Beklagten zu höherem Unterhalt verurteilt, zuletzt ab April 2007 - unbefristet - in Höhe von monatlich 493 €. Dagegen richtet sich die - zugelassene - Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat den Unterhalt aufgrund der beiderseitigen Einkommen ermittelt. Vom Beklagten geltend gemachte Fahrtkosten hat es nicht akzeptiert. Der Klägerin hat es ab April 2006 (nach Ablauf des Trennungsjahres) ein fiktives Einkommen unterstellt. Auch wenn beim Beklagten bis März

2006 der nach den Leitlinien des Berufungsgerichts zu beachtende eheangemessene Selbstbehalt nicht gewahrt sei, sei dieser auf den notwendigen Selbstbehalt zu begrenzen, weil die Klägerin in dieser Zeit die noch minderjährige Tochter betreut habe.

II.

7 Die Revision ist in vollem Umfang zulässig. Das Berufungsgericht hat zwar die Zulassung der Revision allein damit begründet, dass es von der Rechtsprechung des Senats zum Ehegattenselbstbehalt abgewichen ist, soweit der unterhaltsberechtigten Ehegatte minderjährige Kinder betreut. Diese Abweichung ist nach dem Berufungsurteil nur für die Zeit von Mai 2005 bis März 2006 erheblich. Demgegenüber ist die Zulassung der Revision im Ausspruch des Berufungsurteils nicht mit Einschränkungen versehen. Da somit dem Berufungsurteil letztlich nicht eindeutig zu entnehmen ist, ob die Revision nur zeitlich beschränkt zugelassen werden sollte oder ob mit der Begründung lediglich das Motiv der Zulassung angegeben werden sollte, ist im Zweifel von einer uneingeschränkt zugelassenen Revision auszugehen.

III.

8 1. Das Berufungsgericht ist bei der Bemessung des vom Beklagten nach § 1361 BGB geschuldeten Trennungsunterhalts zu Unterhaltsbeträgen gelangt, die dazu führen, dass dem Beklagten weniger als der vom Berufungsgericht zugewilligte eheangemessene Selbstbehalt verbleibt. Den eheangemessenen Selbstbehalt hat es in Höhe des dem Beklagten nach Abzug des Unterhalts verbleibenden Einkommens zuzüglich des Erwerbsbonus (1/10) veranschlagt

und hierfür auf seine Leitlinien (vgl. FamRZ 2005, 1361 m.w.N.) Bezug genommen. Das Berufungsgericht hat es jedoch - ebenfalls unter Hinweis auf seine Leitlinien - für sachgerecht gehalten, den eheangemessenen Selbstbehalt des Beklagten auf die Höhe des notwendigen Selbstbehalts zu begrenzen, weil die Klägerin die noch minderjährige Tochter betreut hat.

9 Das hält den Angriffen der Revision nicht stand.

10 Nach der Rechtsprechung des Senats kann der eigene angemessene Unterhalt des Unterhaltspflichtigen gegenüber minderjährigen Kindern einerseits und gegenüber Ehegatten andererseits nicht gleichgesetzt werden. Auch wenn die Ansprüche minderjähriger Kinder und - geschiedener - Ehegatten nach § 1609 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. bis zum 31. Dezember 2007 noch den gleichen Rang einnahmen, bestand schon nach bisheriger Rechtslage ein wesentlicher Unterschied in der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB. Der Regelungshintergrund dieser Vorschrift ist darin zu sehen, dass minderjährigen Kindern wegen ihres Alters von vornherein die Möglichkeit verschlossen ist, durch eigene Anstrengungen zur Deckung ihres notwendigen Lebensbedarfs beizutragen. Das gilt für geschiedene oder getrennt lebende Ehegatten nicht in gleichem Maße (Senatsurteil BGHZ 166, 351, 357 = FamRZ 2006, 683, 684). Es ist vielmehr geboten, den Selbstbehalt gegenüber dem Unterhaltsanspruch eines geschiedenen Ehegatten nach § 1581 BGB mit einem Betrag zu bemessen, der nicht unter dem notwendigen (§ 1603 Abs. 2 BGB), aber auch nicht über dem angemessenen (§ 1603 Abs. 1 BGB) Selbstbehalt liegt. Der Senat hat es als zulässig angesehen, wenn der Tatrichter für diesen - pauschalen - Ehegattenselbstbehalt im Regelfall von einem etwa in der Mitte zwischen diesen Beträgen liegenden Betrag ausgeht (Senatsurteil BGHZ 166, 351, 358 = FamRZ 2006, 683, 684). Für den Trennungsunterhalt fehlt zwar eine dem § 1581 BGB entsprechende Regelung, die den Selbstbehalt des unter-

haltungspflichtigen Ehegatten sicherstellt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet es jedoch, diese Vorschrift entsprechend anzuwenden, da sich auch der Anspruch auf Trennungsunterhalt wie jeder Unterhaltsanspruch an der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen auszurichten hat (Senatsurteil BGHZ 166, 351, 358 = FamRZ 2006, 683, 684 m.w.N.).

11 Das Urteil des Berufungsgerichts gibt keine Veranlassung, davon abzuweichen. Das Berufungsurteil enthält keine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Senats und den Gründen des vom Berufungsgericht zitierten Senatsurteils vom 15. März 2006 (BGHZ 166, 351 = FamRZ 2006, 683). Der Senat hat im Übrigen seine Rechtsprechung in jüngster Zeit gerade für solche Fälle bekräftigt, in denen der Unterhaltsberechtigte gemeinsame minderjährige Kinder betreute (Senatsurteile vom 19. November 2008 - XII ZR 129/06, XII ZR 123/07 - jeweils zur Veröffentlichung bestimmt). Darauf wird Bezug genommen.

12 2. Das Berufungsgericht hat vom Beklagten geltend gemachte Fahrtkosten bei der Ermittlung seines Einkommens nicht berücksichtigt. Der Beklagte hat Fahrten zu den Einsatzorten im Jahresumfang von 31.212 km vorgetragen und dazu detaillierte Aufstellungen über die Benutzung von Fahrzeugen seines Arbeitgebers und die von ihm zwischen Wohnort und Arbeitsort zurückgelegten Fahrten vorgelegt. Für dieses - von der Klägerin bestrittene - Vorbringen hat das Berufungsgericht den Beklagten als beweisfällig angesehen. Für eine Schätzung fehle die Grundlage, weil nicht jeder aufgeführten Fahrt eine Rückfahrt am gleichen Tag folgte und sich in den Listen andere Tage fänden, in denen es nur eine Rückfahrt gäbe.

13 Auch das hält den Angriffen der Revision nicht stand. Allerdings hat sich die Klägerin entgegen der Auffassung der Revision nicht mit einem schlichten Bestreiten begnügt, sondern ihrerseits sogar Aufstellungen mit Daten vorgelegt,

an denen dem Beklagten Fahrzeuge seines Arbeitgebers zur Verfügung standen. Da aber noch das Amtsgericht sich die vom Beklagten eingereichten Listen hat erläutern lassen und aufgrund dessen - offenbar unter Berücksichtigung von Tagen, an denen Dienstfahrzeuge benutzt werden konnten - einen Abzug der Fahrtkosten zugelassen hat, hätte das Berufungsgericht dem Beklagten Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag und Beweisangeboten geben müssen.

14 Überdies hat das Berufungsgericht aber auch die Voraussetzungen für eine Schätzung entsprechend § 287 ZPO überspannt (vgl. auch Senatsurteil vom 9. November 2005 - XII ZR 31/03 - FamRZ 2006, 108, 110). Den von ihm angeführten Unregelmäßigkeiten, je nachdem, ob der Beklagte noch am selben Tag oder erst am Folgetag nach Hause zurückfuhr, hätte es - ggf. verbunden mit einer auf übersichtlichen Prozessvortrag gerichteten Auflage - durch Auswertung der vom Beklagten vorgelegten Unterlagen Rechnung tragen können. Dass die vorgetragenen Kosten deutlich über den pauschalen berufsbedingten Aufwendungen (5 %) liegen, ist naheliegend. Dass der Beklagte für mit seinem Privatfahrzeug absolvierte Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsort keine Erstattungen seines Arbeitgebers erhält, ist mangels anderweitiger Feststellungen des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz zu unterstellen. Schließlich ist der Beklagte unter den Umständen des vorliegenden Falles auch nicht ohne weiteres gehalten, seine Kosten zu reduzieren und etwa seinen Wohnsitz in die Nähe seiner Einsatzorte zu verlegen. Die Parteien werden nach der Zurückverweisung an das Berufungsgericht Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen und Beweisantritten haben.

IV.

15 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

16 Ab der Volljährigkeit des gemeinsamen Sohnes zahlt der Beklagte an den Sohn nur noch 179 € und damit deutlich weniger als die titulierten und vom Berufungsgericht unverändert in die Berechnung eingestellten 333 €. Das Berufungsgericht ist ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass der Sohn auf Unterhalt verzichtet habe, was nach § 1614 BGB unwirksam sei. Es hat demzufolge - im Ergebnis zugunsten des Beklagten - den höheren titulierten Betrag berücksichtigt. Ein Unterhaltsverzicht lässt sich auf tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts aber nicht stützen. Der Unterhalt ist nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin in der Weise ermittelt worden, dass ab Volljährigkeit des Sohnes statt - wie bisher - das hälftige nunmehr das volle Kindergeld abgezogen worden ist. Das entspricht hinsichtlich des Kindergeldabzugs der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteile BGHZ 164, 375, 382 f. = FamRZ 2006, 99, 101 f. und vom 5. März 2008 - XII ZR 22/06 - FamRZ 2008, 963, 966 f.) und für die Zeit ab dem 1. Januar 2008 der gesetzlichen Neuregelung in § 1612 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB. Auch wenn der Bedarfsbetrag nach Eintritt der Volljährigkeit nicht an die 4. Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle angepasst worden ist, folgt daraus noch nicht notwendigerweise ein - teilweiser - Unterhaltsverzicht. Weil der Sohn noch im gemeinsamen Haus seiner Eltern lebt, hat der Beklagte, der die Finanzierungslasten des Hausgrundstücks allein trägt, einen Teil seiner Unterhaltsleistung schon dadurch erbracht, dass er dem Sohn die Wohnung zur Verfügung gestellt hat (zum Verhältnis von Ehegatten- und Volljährigenunterhalt vgl. im Übrigen Senatsurteil vom 30. Juli 2008 - XII ZR 126/06 - FamRZ 2008, 2104, 2107). Einen Wohnvorteil der Parteien hat das Oberlandesgericht schließlich im Ergebnis nicht angenommen.

17 Bei der Kontrolle der Leistungsfähigkeit hat das Berufungsgericht den eheangemessenen Selbstbehalt so berechnet, dass es dem von ihm ermittelten Unterhaltsbedarf der Klägerin den Erwerbsbonus (1/10) hinzugerechnet hat, wobei es zeitweise - allerdings auch kaum seinen eigenen Leitlinien entspre-

chend - sogar zu einem Betrag von nur 671,46 € gelangt ist. Auch insoweit wird das Berufungsgericht bei der erneuten Entscheidung die vom Senat zum Rahmen des Ehegattenselbstbehalts entwickelten Grundsätze (Senatsurteile BGHZ 166, 351, 358 = FamRZ 2006, 683, 684 m.w.N. und vom 19. November 2008 - XII ZR 129/06, XII ZR 123/07 - jeweils zur Veröffentlichung bestimmt) zu beachten haben.

Hahne

Wagenitz

Vézina

Dose

Klinkhammer

Vorinstanzen:

AG Schönebeck (Elbe), Entscheidung vom 01.11.2006 - 5 F 305/05 UE -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 29.03.2007 - 8 UF 210/06 -