





Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 2020 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin wird unter Zurückweisung der Rechtsbeschwerde des Antragsgegners der Beschluss des 7. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. April 2019 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 31. Mai 2019 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als für den Zeitraum vom 1. Mai 2015 bis zum 7. November 2018 zum Nachteil der Antragstellerin entschieden worden ist.

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

Von Rechts wegen

Gründe:

A.

- 1 Die Beteiligten streiten um Kindesunterhalt für die Zeit vom 1. Mai 2015 bis zum 7. November 2018.

- 2 Die am 8. November 2000 geborene Antragstellerin entstammt der Ehe des Antragsgegners mit der Kindesmutter, die im April 2012 starb. Nach der erneuten Eheschließung des Antragsgegners im Mai 2013 wechselte die Antragstellerin im Dezember 2013 in den Haushalt ihres Onkels mütterlicherseits.
- 3 Der Antragsgegner ist im Dezember 2016 an einem Prostatakarzinom erkrankt; er hat deshalb den Status eines Schwerbehinderten mit dem Grad der Behinderung von 50. Gemäß ärztlichem Attest vom 26. September 2017 war er bis Ende 2017 nicht arbeitsfähig. Dennoch ist der Antragsgegner, der im Außendienst tätig ist, während des gesamten Kalenderjahres 2017 seiner Berufstätigkeit nachgegangen. Als Einkommensbestandteil erhält er seit Mai 2015 eine sogenannte „Car Allowance“ in Höhe von monatlich 1.000 €. Er hat einen Pkw geleast, den er für seine berufsbedingten Fahrten zu den Kunden nutzt. In den Kalenderjahren 2015 bis 2017 erzielte der Antragsgegner Jahreseinkünfte von mehr als 80.000 € und erhielt gemeinsam mit seiner Ehefrau erhebliche Steuererstattungen. Bis November 2018 bezog er für die Antragstellerin das Kindergeld und die Halbwaisenrente. Der Antragsgegner und seine neue Ehefrau leben seit November 2017 getrennt. Er bewohnt ein in seinem Alleineigentum stehendes Einfamilienhaus, über dessen Mietwert zwischen den Beteiligten Streit besteht.
- 4 Die Antragstellerin beansprucht von dem Antragsgegner ab Januar 2015 den doppelten Barunterhalt nach der höchsten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle. Mit Jugendamtsurkunden vom 19. April 2016 und 30. April 2017 hat sich der Antragsgegner verpflichtet, der Antragstellerin bis zur Volljährigkeit einen monatlichen Unterhalt in Höhe von 539 € zu leisten. Seit Mai 2015 zahlt er an die Antragstellerin Unterhalt in unterschiedlicher Höhe.
- 5 Das Amtsgericht hat den Antragsgegner im für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch maßgeblichen Zeitraum der Minderjährigkeit der Antragstellerin

verpflichtet, in Abänderung der Jugendamtsurkunden rückständigen Unterhalt vom 1. Mai 2015 bis einschließlich Juli 2018 in Höhe von insgesamt 27.611,60 € sowie ab August 2018 einen monatlichen Unterhaltsbetrag von 1.496 € zu zahlen. Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat das Oberlandesgericht ihn verpflichtet, für die Zeit vom 1. Mai 2015 bis November 2018 einen Unterhaltsrückstand von 10.891,12 € zu zahlen. Zudem hat es die Antragstellerin verpflichtet, an den Antragsgegner einen Betrag von 1.792,70 € nebst Zinsen wegen zu viel geleisteten Unterhalts zu zahlen. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihren – bezogen auf den Minderjährigenunterhalt – zugelassenen Rechtsbeschwerden.

#### B.

- 6 Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin hat Erfolg. Die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners ist hingegen unbegründet.

#### I.

- 7 Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Antragsgegner sei vorliegend nicht zur Erbringung des doppelten Barunterhalts verpflichtet, obgleich die Antragstellerin von einem Dritten betreut und versorgt werde. Er schulde der Antragstellerin lediglich den eineinhalbfachen Tabellenunterhalt nach seinen Einkommensverhältnissen. Der Betreuungsaufwand für eine Unterhaltsberechtigten im Alter der Antragstellerin, die zu Beginn des streitigen Unterhaltszeitraums bereits 14 Jahre alt gewesen sei, steige nicht in gleichem Verhältnis, wie dies für seinen Barbedarf durch den Wechsel der Alters-

gruppen zutreffen. Die im Rahmen der ersten Altersstufe anzunehmende Gleichwertigkeit von Betreuungs- und Barleistung sei in der dritten Altersstufe nicht mehr gegeben. Bei der Bemessung des Unterhalts des fremduntergebrachten Kindes bedürfe es deswegen einer wertenden Betrachtung. Zu bedenken sei, dass bei guten bis sehr guten Einkommensverhältnissen des allein barunterhaltspflichtigen Elternteils durch die Verdopplung des Barunterhalts dem Unterhaltsberechtigten ein Unterhalt zuflösse, den er nicht erhielte, wenn beide Eltern ihm gegenüber barunterhaltspflichtig wären. Dann würde sich der Bedarf nach dem zusammengerechneten Einkommen beider Eltern bemessen. Dass die Betreuungsleistung von Dritten erfüllt würde, sei hier mit dem hälftigen Ansatz des nach den Einkommensverhältnissen ermittelten Barunterhalts zu bemessen.

8 Bei der Bestimmung des Barbedarfs der Antragstellerin finde keine Einstufung in die nächsthöhere Einkommensgruppe statt, weil der Antragsgegner neben der Antragstellerin auch gegenüber seiner Ehefrau unterhaltspflichtig sei. Im Ergebnis komme es nicht darauf an, ob der dem Antragsgegner zuzurechnende Wohnvorteil mit 1.000 € oder mit 1.200 € zu berücksichtigen sei. Für die Zeit des Zusammenlebens des Antragsgegners mit seiner Ehefrau sei der Mietwert nur anteilig, und zwar nach Kopfteilen, anzusetzen. Erst für die Zeit ab der Trennung, mithin ab November 2017, sei auf den vollen Wohnwert abzustellen.

9 Der Antragsgegner könne sich nicht erfolgreich dagegen zur Wehr setzen, dass das Amtsgericht die Einkommensermittlung unter Hinzuziehung des Einkommensbestandteils „Car Allowance“ vorgenommen habe. Dieser Geldbetrag fließe dem Antragsgegner monatlich als Einkommen zu. Abzugsfähig seien im Hinblick auf diesen Einkommensbestandteil die Kraftfahrzeugversicherung und -steuer, die ansonsten nicht einkommensmindernd zu berücksichtigen wären. Auch die Leasingrate sei abzusetzen. Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts seien auch die berufsbedingten Fahrtkosten des Antragsgegners in Abzug

zu bringen. Er habe die angefallenen Kilometer hinreichend dargelegt. Da jedoch die gesamten Fixkosten, und zwar Anschaffungskosten nebst Steuer und Versicherung, schon gesondert einkommensmindernd berücksichtigt würden, sei es angemessen, die Kilometerpauschale nicht mit 0,30 €, sondern mit nur 0,20 € anzusetzen.

10            Das für das Jahr 2017 tatsächlich erzielte Einkommen des Antragsgegners sei nicht uneingeschränkt für die Unterhaltsermittlung heranzuziehen. Zwar fehle es an einer genauen Darlegung des Krankheitsverlaufs und der durchgeführten Therapiemaßnahmen. Dennoch stehe fest, dass der Antragsgegner sich im Kalenderjahr 2017 für einen nicht unerheblichen Zeitraum hätte krankschreiben lassen können mit der Folge, dass er in dieser Zeit nur Lohnfortzahlung und Krankengeld bezogen hätte. Es sei aus dem Gesichtspunkt eines überobligatorischen Einsatzes gerechtfertigt, zur Ermittlung des Unterhaltsanspruchs der Antragstellerin im Kalenderjahr 2017 nur zwei Drittel der bereinigten Einkünfte des Antragsgegners in die Unterhaltsberechnung einzustellen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass Kindesunterhalt der oberen Einkommensgruppen betroffen sei.

11            Die erheblichen Steuererstattungen, die der Antragsgegner und seine neue Ehefrau in den Jahren 2015 bis 2017 erhalten hätten, seien in die Einkommensberechnungen einzubeziehen. In Anlehnung an § 270 AO sei zunächst anhand der fiktiven Steuerlast bei einer Einzelveranlagung die Relation der individuellen Steuerlast beider Ehegatten und sodann anhand des entsprechenden Prozentsatzes die Steuerlast des Unterhaltspflichtigen am Maßstab der bei Zusammenveranlagung tatsächlich bestehenden Steuerschuld zu ermitteln. Auch insoweit zeigten die Berechnungen, dass es bei der Bemessung des Kin-

desunterhalts angesichts der Einkommensspanne der jeweiligen Einkommensgruppen nicht darauf ankomme, ob dem Antragsgegner die gesamte Steuererstattung oder nur ein Teil zuzurechnen sei.

## II.

12 Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

13 1. Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist begründet.

14 a) Zu Recht wendet sie ein, dass das Oberlandesgericht beim Kindesunterhalt den Betreuungsanteil nicht mit dem nur hälftigen Barunterhalt hätte in Ansatz bringen dürfen.

15 aa) Nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB erfüllt der Elternteil eines minderjährigen unverheirateten Kindes, bei dem dieses lebt, seine Unterhaltsverpflichtung in der Regel durch dessen Pflege und Erziehung. Die Vorschrift stellt klar, dass diese Betreuungsleistungen und die Barleistungen des anderen Elternteils grundsätzlich gleichwertig sind. Damit wird das Gesetz nicht nur der gerade für das Unterhaltsrecht unabweisbaren Notwendigkeit gerecht, die Bemessung der anteilig zu erbringenden Leistungen zu erleichtern. Es trägt auch der Tatsache Rechnung, dass eine auf den Einzelfall abstellende rechnerische Bewertung des Betreuungsaufwands unzulänglich bliebe. Insbesondere bestehen Bedenken, den Geldwert der Betreuung, ähnlich wie im Schadensersatzrecht beim Ausfall von Leistungen des haushaltsführenden und betreuenden Elternteils, durch den Ansatz der Aufwendungen, die für die Besorgung vergleichbarer Dienste durch Hilfskräfte erforderlich sind, oder durch ähnliche Schätzungen zu ermitteln. Denn gerade im Unterhaltsrecht ist eine Pauschalierung dringender erforderlich als im Schadensersatzrecht, weil es sich hier um ein Massenphänomen handelt und

deswegen schon aus Gründen der Praktikabilität erleichterte Berechnungsregeln für die gerichtliche Praxis notwendig sind. Die aus § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB abgeleitete Regel der Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt gilt dabei für jedes Kindesalter bis hin zum Erreichen der Volljährigkeit (Senatsurteil vom 30. August 2006 - XII ZR 138/04 - FamRZ 2006, 1597, 1598 f. mwN). Nach §§ 1601, 1610 BGB haftet zwar regelmäßig auch der andere Elternteil für den Unterhalt des Kindes, was nach § 1606 Abs. 3 BGB wegen der anteiligen Haftung bzw. der Übernahme der Betreuung des Kindes zu einer Entlastung des barunterhaltspflichtigen Elternteils führt. Ist der andere Elternteil aber – wie hier – verstorben, bleibt es grundsätzlich bei der alleinigen Haftung des überlebenden Elternteils für den Bar- und den Betreuungsunterhalt (Senatsurteil vom 30. August 2006 - XII ZR 138/04 - FamRZ 2006, 1597, 1598).

16           Zwar sind auch in Fällen einer Fremdunterbringung Ausnahmen von der Gleichwertigkeit des Barunterhalts und des Betreuungsunterhalts denkbar, etwa, wenn ein besonders hoher Betreuungsbedarf besteht oder wenn der Betreuungsbedarf im Einzelfall durch die Höhe der Betreuungskosten konkret feststeht. Dafür trägt aber derjenige Elternteil die Darlegungs- und Beweislast, der sich auf einen solchen Ausnahmefall beruft (Senatsurteil vom 30. August 2006 - XII ZR 138/04 - FamRZ 2006, 1597, 1599 mwN). An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest (vgl. bereits Senatsurteil vom 28. November 2012 - XII ZR 19/10 - FamRZ 2013, 278 Rn. 19).

17           Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts würde das unterhaltsberechtigte und fremduntergebrachte Kind bei guten bis sehr guten Einkommensverhältnissen auch nicht bessergestellt sein, als wenn beide Elternteile unterhaltspflichtig wären. Zu Recht weist die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin

darauf hin, dass in diesem Falle beide Elternteile ebenfalls anteilig haften müssten (Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1606 Rn. 19), und zwar für den Bar- und den Betreuungsunterhalt.

18            Soweit die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners einwendet, der Betreuungsunterhalt sei im Falle des Versterbens eines Elternteils, jedenfalls soweit es über den Bezug von Halbwaisenrente und Kindergeld hinausgehe, nicht zu monetarisieren, kann ihr nicht gefolgt werden. Ihre Auffassung, mit dem Tod des betreuenden Elternteils müsse der Anspruch auf Betreuung notwendig erlöschen, ist rechtsfehlerhaft. Zwar ordnet § 1615 Abs. 1 BGB an, dass der Unterhaltsanspruch mit dem Tode des Verpflichteten erlischt. Das bedeutet aber nur, dass die Unterhaltsverpflichtung nicht auf dessen Erben übergeht. Es ändert nichts daran, dass der andere Elternteil gemäß §§ 1601 ff. BGB seinem minderjährigen Kind nunmehr allein zum Betreuungs- und Barunterhalt verpflichtet ist. Zudem stellt die Betreuung durch den Onkel – wie die Betreuung durch die Großeltern – eine freiwillige Leistung Dritter dar und befreit den Elternteil grundsätzlich nicht von seiner Unterhaltsverpflichtung (Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1606 Rn. 39). Es handelt sich auch nicht um eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber getrenntlebenden Elternteilen. Denn dass der überlebende Elternteil seinem minderjährigen Kind gegenüber zu dessen Wohl allein unterhaltspflichtig geworden ist, ist Ausfluss seiner in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG statuierten Elternverantwortung.

19            bb) Diesen Maßstäben wird die Entscheidung des Oberlandesgerichts nicht gerecht.

20            Insbesondere überzeugt nicht, dass es in der dritten Altersstufe und der obersten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle an der Gleichwertigkeit von Betreuungsleistung und Barleistung fehle. Zwar mag die Frage, ob der Wert

der Betreuung mit dem Alter des Kindes und dem Einkommen des Elternteils steigt, im Einzelfall nicht unberechtigt sein (vgl. Staudinger/Klinkhammer BGB [2018] § 1606 Rn. 39). Maßgeblich ist indessen, dass gerade im Unterhaltsrecht eine Pauschalierung aus Gründen der Praktikabilität dringend erforderlich ist. Deshalb hat der Senat unter Hinweis auf § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB für den Regelfall bereits entschieden, dass die Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt für jedes Kindesalter bis hin zum Erreichen der Volljährigkeit gilt (Senatsurteil vom 30. August 2006 - XII ZR 138/04 - FamRZ 2006, 1597, 1599).

21

Soweit das Oberlandesgericht von einer Ausnahme der Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt ausgegangen ist, wird seine Entscheidung den hierzu vom Senat aufgestellten Maßstäben nicht gerecht. Es hat nicht hinreichend begründet, weshalb es bei der Bemessung des Betreuungsunterhalts einen Multiplikator von 0,5 angesetzt hat. Würde man den Betreuungsunterhalt lediglich mit dem hälftigen Barunterhalt ansetzen, so läge dieser auch bei der obersten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle, die mit 160 % des Mindestunterhalts veranschlagt ist, bei nur 80 % und damit unter dem Mindestunterhalt. Allein der pauschale – vom Oberlandesgericht allerdings nicht aufgegriffene – Hinweis des Antragsgegners darauf, dass beim betreuenden Onkel keine besonderen Kosten für die Betreuung angefallen seien und dass er neben der Betreuung Vollzeit arbeite, genügt zur Begründung nicht. Dass die Betreuung als solche regelmäßig keine konkreten Kosten nach sich zieht, liegt in der Natur der Sache. Ebenso wenig schließt die Vollbeschäftigung des Onkels dessen – zu monetarisierende – Belastung durch die Betreuung des Kindes aus. Dass der Betreuungsbedarf im vorliegenden Fall durch die Höhe der Betreuungskosten konkret feststünde und unterhalb des monetarisierten Betreuungsunterhalt läge, ist weder vom Oberlandesgericht festgestellt noch sonst dargetan.

22           b) Der vom Oberlandesgericht auf Seiten des Antragsgegners in Ansatz gebrachte Wohnvorteil von nur dem hälftigen Mietwert für die Zeit, in der seine neue Ehefrau mit in dem Haus gewohnt hat, hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

23           aa) Der Unterhaltsbedarf richtet sich beim Verwandtenunterhalt gemäß § 1610 Abs. 1 BGB nach der Lebensstellung des Bedürftigen (angemessener Unterhalt). Das minderjährige Kind leitet seine Lebensstellung von seinen Eltern ab (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 213, 254 = FamRZ 2017, 437 Rn. 23 ff.). Die für die Höhe des Unterhalts maßgebende Lebensstellung der Eltern wird in der Praxis vorzugsweise nach dem verfügbaren Einkommen bestimmt, woran sich auch die Düsseldorfer Tabelle orientiert. Hat das Kind nur noch einen Elternteil, leitet sich dessen Lebensstellung folgerichtig nur noch von den Einkünften dieses Elternteils ab. Die Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen wird nach ständiger Rechtsprechung des Senats nicht nur durch seine Erwerbseinkünfte, sondern in gleicher Weise durch Vermögenserträge und sonstige wirtschaftliche Nutzungen bestimmt, die er aus seinem Vermögen zieht. Dazu können auch die Gebrauchsvorteile eines Eigenheims zählen, denn durch das Bewohnen eines eigenen Hauses oder einer Eigentumswohnung entfällt die Notwendigkeit der Mietzahlung, die in der Regel einen Teil des allgemeinen Lebensbedarfs ausmacht (Senatsbeschlüsse vom 19. März 2014 - XII ZB 367/12 - FamRZ 2014, 923 Rn. 16 mwN und BGHZ 213, 288 = FamRZ 2017, 519 Rn. 23).

24           Geht es um die Bemessung des Unterhalts für ein minderjähriges Kind, ist die Höhe des Wohnwerts grundsätzlich mit der bei einer Fremdvermietung erzielbaren objektiven Marktmiete zu bemessen. Dies beruht auf der sich aus § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB ergebenden besonderen Verantwortung der Eltern für den Unterhalt ihrer minderjährigen Kinder. Die Eltern trifft deshalb eine besondere Verpflichtung zum Einsatz der eigenen Arbeitskraft und zur Ertrag bringenden

Nutzung von Vermögenswerten. Wenn in dieser Hinsicht mögliche und zumutbare Anstrengungen unterlassen werden, können deswegen nach ständiger Rechtsprechung des Senats auch insoweit nicht nur die tatsächlichen, sondern ebenfalls fiktiv erzielbare Einkünfte berücksichtigt werden (vgl. Senatsbeschluss vom 19. März 2014 - XII ZB 367/12 - FamRZ 2014, 923 Rn. 19 mwN).

25 Steht eine vom Unterhaltspflichtigen bewohnte Immobilie in seinem Alleineigentum, ist ihm unbeschadet etwaiger Unterhaltsansprüche Dritter grundsätzlich der gesamte Wohnwert zuzurechnen. Das gilt auch dann, wenn die neue Ehefrau des Unterhaltspflichtigen mit in dem Eigenheim lebt. Zum einen ist ihr Unterhaltsanspruch gegenüber dem hier in Rede stehenden Unterhaltsanspruch des minderjährigen Kindes gemäß § 1609 BGB nachrangig (so OLG Koblenz NJW-RR 2014, 1282, 1283; noch anders zu § 1609 aF OLG München FamRZ 1999, 251, 252 und ihm folgend Wendl/Dose/Gerhardt Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 1 Rn. 572). Zum anderen ändert die Wohnungsüberlassung an die Ehefrau nichts daran, dass der Unterhaltspflichtige als Alleineigentümer das alleinige Nutzungsrecht an der Immobilie hat und grundsätzlich zur Verwertung des Eigenheims verpflichtet und in der Lage ist. Dem Umstand, dass er damit seiner (Familien-)Unterhaltsverpflichtung nachkommt, wird nicht zuletzt dadurch Rechnung getragen, dass dies bei der Einordnung in der jeweiligen Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle berücksichtigt wird (vgl. Senatsurteil BGHZ 178, 79 = FamRZ 2008, 2189 Rn. 17 ff.).

26 bb) Gemessen hieran hätte das Oberlandesgericht den vollen Wohnvorteil aufseiten des Antragsgegners berücksichtigen müssen. Er ist nach den getroffenen Feststellungen Alleineigentümer der Immobilie. Zudem ist seine Verpflichtung zur Zahlung von Familien- bzw. Trennungsunterhalt bei der Bestimmung der maßgeblichen Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle berücksichtigt worden.

27 Dass der Wohnwert der Höhe nach mit 1.000 € bzw. 1.200 € in Ansatz gebracht worden ist, ist von den Beteiligten mit ihren Rechtsbeschwerden im Ausgangspunkt nicht beanstandet worden. Soweit das Oberlandesgericht offengelassen hat, ob sich der Wohnvorteil auf 1.000 € oder 1.200 € beläuft, ist im Rechtsbeschwerdeverfahren allerdings zugunsten der Antragstellerin von dem höheren Wohnwert auszugehen.

28 c) Auch die einkommensrechtliche Beurteilung des Zuschusses für einen Dienstwagen ist nicht frei von Rechtsfehlern.

29 aa) Die Frage, wie die so genannte „Car Allowance“, also ein vom Arbeitgeber gewährter Zuschuss für die dienstliche Nutzung eines vom Arbeitnehmer selbst anzuschaffenden Pkw, unterhaltsrechtlich zu beurteilen ist, ist – soweit ersichtlich – bislang in der unterhaltsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur noch nicht beantwortet.

30 Bei einem vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Dienstwagen geht es allein um die Bewertung, welcher Sachwert dem Unterhaltspflichtigen durch die Möglichkeit der privaten Nutzung zufließt, ohne dafür die entsprechenden Kosten aufbringen zu müssen (vgl. Senatsurteil BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 Rn. 64 f.; Holthusen FamRZ 2020, 71, 72 mwN).

31 Hier ist hingegen zu klären, ob der grundsätzlich unterhaltsrechtlich zu berücksichtigende Zuschuss von monatlich 1.000 € für den dienstlichen Gebrauch des Pkw aufgebraucht wird. Deswegen sind von den konkret bzw. pauschal bemessenen Kosten nur diejenigen anteilig abzusetzen, die durch die dienstliche Nutzung veranlasst sind.

32 Die Bemessung der dienstlich veranlassten Aufwendungen nach § 287 ZPO ist in erster Linie Sache des Tatrichters. Sie ist rechtsbeschwerderechtlich

nur daraufhin überprüfbar, ob der Tatrichter erhebliches Vorbringen der Beteiligten unberücksichtigt gelassen, Rechtsgrundsätze der Bemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (vgl. BGH Urteil vom 17. Dezember 2019 - VI ZR 315/18 - NJW 2020, 1001 Rn. 12 mwN).

33           bb) Dem wird die angefochtene Entscheidung nicht in jeder Hinsicht gerecht. Dass das Oberlandesgericht von den Einkünften des Antragsgegners monatlich die Kosten für das Auto in Form der Leasingrate, der Kraftfahrzeugversicherung und -steuer sowie einer Kilometerpauschale abgezogen hat, ist im Ansatz von Rechts wegen nicht zu beanstanden, auch wenn eine pauschale Berücksichtigung im Umfang der dienstlich veranlassten Fahrleistung möglich gewesen wäre (vgl. Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 10. Aufl. § 1 Rn. 135 ff.). Dabei bewegt es sich auch unter Beachtung der Angriffe der Rechtsbeschwerde der Antragstellerin noch im tatrichterlichen Ermessen, wenn das Oberlandesgericht hinsichtlich der berufsbedingten Fahrtkosten zusätzlich eine geringere Kilometer-Pauschale von 0,20 € in Ansatz gebracht hat. Allerdings hat es nicht erwogen – was die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin zu Recht einwendet –, dass der Antragsgegner das Fahrzeug auch privat nutzen konnte. Deshalb hätte es die Beträge für die Kraftfahrzeugversicherung, die -steuer und die Leasingrate nicht ohne weitere Prüfung des Umfangs der privaten Nutzung vollständig vom Einkommen abziehen dürfen.

34           d) Auch begegnet die durch das Oberlandesgericht für das Jahr 2017 erfolgte Bemessung des Einkommens des Antragsgegners im Hinblick auf seine Krebserkrankung mit zwei Dritteln seiner bereinigten Einkünfte rechtlichen Bedenken.

35           aa) Allerdings kann das aus einer überobligatorischen Tätigkeit erzielte Einkommen des Unterhaltspflichtigen nach der Rechtsprechung auch beim Kindesunterhalt teilweise anrechnungsfrei bleiben.

36           Überobligatorisch ist eine Tätigkeit dann, wenn für sie keine oder nur eine eingeschränkte Erwerbsobliegenheit besteht und deshalb derjenige, der sie ausübt, unterhaltsrechtlich nicht daran gehindert ist, sie jederzeit zu beenden oder zu reduzieren (vgl. Senatsbeschluss vom 15. Februar 2017 - XII ZB 201/16 - FamRZ 2017, 711 Rn. 19 ff. mwN und Senatsurteil BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154, 1156). Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, dass auch beim Verwandtenunterhalt (§ 1601 BGB) das Einkommen des Unterhaltspflichtigen nur eingeschränkt zu berücksichtigen ist, wenn es auf einer überobligatorischen Tätigkeit beruht und eine vollständige Heranziehung des Einkommens zu Unterhaltszwecken gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstieße (Senatsbeschluss vom 10. Juli 2013 - XII ZB 297/12 - FamRZ 2013, 1558 Rn. 12, 16 f.).

37           Es ist ferner in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass die Tätigkeit eines Unterhaltspflichtigen auch dann als ganz oder teilweise überobligatorisch bewertet werden kann, wenn die Ausübung der Erwerbstätigkeit mit an sich unzumutbaren gesundheitlichen Belastungen verbunden ist. Wer sich gegenüber seiner Erwerbsobliegenheit auf eine krankheitsbedingte Einschränkung seiner Erwerbsfähigkeit berufen will, muss grundsätzlich Art und Umfang der behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder Leiden angeben und hat ferner darzulegen, inwieweit die behaupteten gesundheitlichen Störungen sich auf die Erwerbsfähigkeit auswirken (Senatsbeschluss vom 10. Juli 2013 - XII ZB 297/12 - FamRZ 2013, 1558 Rn. 12 mwN).

- 38           bb) Diesen Anforderungen genügt die vom Oberlandesgericht gegebene Begründung nicht. Es hat sich darauf beschränkt festzustellen, dass der Antragsgegner seit Dezember 2016 an Krebs erkrankt und laut einem ärztlichen Attest bis Ende 2017 nicht arbeitsfähig gewesen ist. Das Oberlandesgericht ist von der Prämisse ausgegangen, dass der Antragsgegner den Krankheitsverlauf und die durchgeführten Therapiemaßnahmen nicht näher dargelegt hat. Entsprechende Feststellungen wären aber nach den dargestellten Maßgaben erforderlich gewesen, zumal der Antragsgegner nach den getroffenen Feststellungen gerade im Jahr 2017 überdurchschnittlich gut verdient hat.
- 39           e) Die Ausführungen des Oberlandesgerichts zur Berücksichtigung des Splittingvorteils bei der Bemessung des Kindesunterhalts stehen zwar in Einklang mit der Senatsrechtsprechung. Die hierzu getroffenen Feststellungen rechtfertigen eine entsprechende Einkommensbemessung indessen nicht.
- 40           aa) Zutreffend ist die Auffassung des Oberlandesgerichts, dass ein Verbot der Teilhabe am steuerlichen Splittingvorteil beim Kindesunterhalt nicht besteht. Vielmehr gilt insoweit der allgemeine Grundsatz, dass alle Einkommensbestandteile und somit auch der Splittingvorteil für den Kindesunterhalt herangezogen werden können, und zwar sowohl bei der Ermittlung des Bedarfs nach § 1610 BGB als auch bei der Leistungsfähigkeit nach § 1603 BGB. Der aus der Ehe resultierende Splittingvorteil ist beim Kindesunterhalt immer dann uneingeschränkt einkommenserhöhend zu berücksichtigen, wenn er auf dem alleinigen Einkommen des Unterhaltspflichtigen beruht. Nur dann, wenn der Ehegatte des Unterhaltspflichtigen – wie hier – eigene steuerpflichtige Einkünfte bezieht, ist der Splittingvorteil auf den Unterhaltspflichtigen und seinen Ehegatten zu verteilen, allerdings nicht nach einem Halbteilungsmaßstab, sondern nach dem Maßstab einer fiktiven Einzelveranlagung beider Ehegatten (Senatsbeschluss vom 10. Juli 2013 - XII ZB 298/12 - FamRZ 2013, 1563 Rn. 15 mwN).

41           bb) Dem ist das Oberlandesgericht nur im Ansatz gerecht geworden. Allerdings hat es sich dabei mit den nur „lückenhaft“ vorgelegten Unterlagen begnügt, anstatt die konkrete Steuerlast zu ermitteln. Weil die angefochtene Entscheidung auch in anderen Punkten – wie etwa beim Wohnvorteil – konkrete Feststellungen vermissen lässt, ist eine verbindliche Unterhaltsberechnung nicht möglich.

42           2. Die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners ist hingegen unbegründet.

43           Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde des Antragsgegners liegt keine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 103 Abs. 1 GG vor.

44           a) Hinsichtlich der Halbwaisenrente und des Kindergelds hat der Antragsgegner schon keinen entsprechenden Verstoß dargelegt.

45           aa) Zu Recht ist das Oberlandesgericht davon ausgegangen, dass die Halbwaisenrente und das Kindergeld auf den Unterhaltsbedarf der Antragstellerin in vollem Umfang anzurechnen sind.

46           Der Anspruch auf Verwandtenunterhalt setzt nach § 1602 Abs. 1 BGB die Unterhaltsbedürftigkeit des Berechtigten voraus. Dieser Grundsatz ist für minderjährige unverheiratete Kinder durch § 1602 Abs. 2 BGB dahin eingeschränkt, dass sie den Stamm ihres Vermögens nicht anzugreifen brauchen. Eigenes Einkommen des Kindes mindert jedoch dessen Unterhaltsbedürftigkeit und damit auch seinen Unterhaltsanspruch. Das gilt grundsätzlich für Einkommen jeder Art, einschließlich der nicht subsidiären Sozialleistungen. Entsprechend ist auch die der Antragstellerin zustehende Halbwaisenrente in vollem Umfang auf ihren gesamten Unterhaltsbedarf anzurechnen (vgl. Senatsurteil vom 30. August 2006 - XII ZR 138/04 - FamRZ 2006, 1597, 1599).

- 47 Daneben ist auf den vollen Unterhaltsbedarf der Antragstellerin auch ihr gesamtes Kindergeld anzurechnen. Denn das Kindergeld wird als öffentliche Sozialleistung gewährt, um den Eltern die Unterhaltslast gegenüber ihren Kindern zu erleichtern. Ist nach dem Tode eines Elternteils der andere in vollem Umfang unterhaltspflichtig, dient das Kindergeld folglich allein seiner Entlastung, so dass es dann grundsätzlich in vollem Umfang auf den geschuldeten gesamten Unterhaltsbedarf anzurechnen ist (vgl. Senatsurteil vom 30. August 2006 - XII ZR 138/04 - FamRZ 2006, 1597, 1599).
- 48 bb) Der Vorwurf, das Oberlandesgericht habe nicht berücksichtigt, dass der Antragsgegner die Halbwaisenrente und das Kindergeld an die Antragstellerin weitergeleitet habe, findet in der von der Rechtsbeschwerde als Beleg hierfür herangezogenen Beschwerdebegründung vom 9. November 2018 keine Stütze. Dort werden u.a. die Kontoauszüge für das Jahr 2015 als Beleg dafür angeführt, dass der Antragsgegner die Halbwaisenrente und das Kindergeld weitergeleitet habe. Diesen zur Akte gereichten Auszügen lässt sich indes nicht entnehmen, dass der Antragsgegner die entsprechenden, seinem Konto gutgeschriebenen Zahlungen an die Antragstellerin weitergeleitet hat. Soweit als weiterer Beleg „Aufstellungen des Jugendamtes“ genannt werden, lässt sich dem Schriftsatz nicht entnehmen, welche Urkunden damit konkret in Bezug genommen werden.
- 49 Zudem weist die in Bezug genommene Beschwerdebegründung auf eine monatliche Zahlung von „820,87 €“ „(einschließlich Kindergeld und Halbwaisenrente)“ für 2017 hin, wobei es sich ausweislich der vom Antragsgegner zur Akte gereichten Kontoauszüge tatsächlich um einen Betrag von 820,57 € gehandelt haben dürfte. Genau diesen Betrag hat das Oberlandesgericht indes in voller Höhe als vom Antragsgegner geleistete Zahlungen berücksichtigt. Entsprechendes gilt für die Zahlungen für 2018.

50            b) Der weitere gerügte Gehörsverstoß, seine neue Ehefrau habe auch noch nach der Trennung im Haus des Antragsgegners gelebt, ist unerheblich. Weil die (teilweise) Überlassung der Ehewohnung durch den Antragsgegner als Alleineigentümer an seine Ehefrau nach den oben dargestellten Grundsätzen keinen Einfluss auf die Bemessung des Wohnvorteils hat, kann die Entscheidung schon nicht auf einem etwaigen Gehörsverstoß beruhen.

51            3. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts kann daher keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil noch weitere Feststellungen zu treffen sind.

Dose	Schilling	Günter
Nedden-Boeger		Guhling

Vorinstanzen:

AG Neuss, Entscheidung vom 03.08.2018 - 50 F 110/16 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 11.04.2019 - II-7 UF 151/18 -