

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 394/81

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

15. Juni 1983

Ernst

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1983 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann, Dr. Seidl, Dr. Blumenröhr und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 21. Zivilsenats - Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Köln vom 29. Oktober 1981 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien haben im Jahre 1964 die Ehe geschlossen, aus der ein am 2. Mai 1965 geborener Sohn hervorgegangen ist. Seit Februar 1979 leben die Parteien getrennt; ein Scheidungsrechtsstreit ist anhängig. Der Sohn lebt im Haushalt des (berufstätigen) Beklagten.

Die Klägerin begehrt vom Beklagten Unterhalt für die Zeit des Getrenntlebens. Das Amtsgericht hat ihr durch Teilurteil für die Zeit ab 1. November 1980 - unter Abweisung des für diese Zeit darüber hinaus verlangten Betrages - monatlich 400 DM zugesprochen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der (zugelassenen) Revision will der Beklagte wie in den Vorinstanzen die Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß beide Parteien bis zur Trennung erwerbstätig gewesen sind (sog. Doppelverdienerehe). Es hat der Klägerin als Unterhalt gem. § 1361 Abs. 1 Satz 1 BGB vom 1. November 1980 an eine Quote von 3/7 aus der Differenz zwischen ihrem und dem höheren Einkommen des Beklagten zugemessen. Dieser Ausgangspunkt läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von der Revision nicht beanstandet.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin erziele ein monatliches Nettoeinkommen von 1.100 DM oder könne es erzielen. Diesen Betrag hat es aus dem Arbeitsverdienst, den sie für eine elf Jahre lang ausgeübte Tätigkeit als Hausmeisterin bis zum 30. April 1979 zuletzt erhielt, und aus dem anschließend bis zum 5. Juli 1981 von ihr bezogenen Krankengeld ermittelt; dazu hat es ausgeführt, ein höheres Einkommen könne die im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung 42 Jahre alte und nicht ganz gesunde Klägerin, die einen Beruf nicht erlernt habe, auch dann nicht erzielen, wenn zugunsten des Beklagten davon ausgegangen werde, daß sie nicht arbeitsunfähig sei.

Demgegenüber macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten berücksichtigen müssen, wonach die Klägerin zwischen dem 30. Oktober 1980 und dem 9. Mai 1981 an etlichen



Tagen bei einer Tätigkeit in einem Blumengeschäft beobachtet worden sei; daß sie dort gelegentlich aushelfe, habe sie bei ihrer Anhörung selbst eingeräumt.

Durch diesen Angriff wird die der Unterhaltsbemessung zugrundeliegende Feststellung des Einkommens der Klägerin indessen nicht in Frage gestellt. Soweit die Revision damit geltend machen will, daß die Klägerin gesundheitlich in der Lage sei, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, zeigt sie keinen Widerspruch zum angefochtenen Urteil auf, denn das Berufungsgericht ist zugunsten des Beklagten von der Arbeitsfähigkeit der Klägerin ausgegangen. Wenn der Revisionsangriff jedoch so zu verstehen ist, daß das zugrunde gelegte monatliche Nettoeinkommen der Klägerin zu niedrig bemessen worden sei, bleibt er deshalb erfolglos, weil das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten insoweit zutreffend für unerheblich gehalten hat. Die Revision übersieht, daß die in Frage stehende Aushilfstätigkeit in einen Zeitraum fällt, in dem die Klägerin Krankengeld bezogen hat. Aus dem Nachweis einer entgeltlichen Erwerbstätigkeit in dieser Zeit läßt sich - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - zwar möglicherweise folgern, daß die Klägerin keinen Anspruch auf Krankengeld hatte, nicht aber, daß sie in der Lage ist, durch Erwerbstätigkeit ein höheres monatliches Nettoeinkommen als 1.100 DM zu erzielen.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, daß das Berufungsgericht auf seiten des Beklagten einen Teil der Spesen, die er von seinem Arbeitgeber neben dem Gehalt als Kostenerstattung für seine Außen-

diensttätigkeit erhält, dem unterhaltspflichtigen Einkommen zugerechnet hat.

a) Das Oberlandesgericht hat der Unterhaltsbemessung für 1980 ein monatliches Nettoeinkommen des Beklagten von 2.770 DM zugrunde gelegt. Es hat festgestellt, daß er Jahresspesen in Höhe von 25.607,31 DM brutto erhalten habe, wovon 20.772 DM auf das Kilometergeld entfielen, denn er habe seinen privaten Pkw für Fahrten über 57.700 km geschäftlich benutzt und dafür 0,36 DM pro km vergütet erhalten. Damit seien die Fahrzeugkosten voll abgegolten. Die Gesamtkosten für den vom Beklagten benutzten Fahrzeugtyp (VW Golf GTI) beliefen sich bei einer jährlichen Betriebsleistung von 40.000 km auf 0,385 DM pro Kilometer; der Beklagte sei jedoch kostengünstiger gefahren, denn er habe allein betriebsbedingt schon 17.700 km mehr zurückgelegt, darüber hinaus den Wagen aber auch privat benutzt. Von dem nach Abzug der Fahrzeugkosten verbleibenden Spesenbetrag von 4.835,31 DM sei die Hälfte - rund 2.400 DM - als Einkommen zu berücksichtigen, denn der Beklagte habe nicht dargetan, daß seine sonstigen berufsbedingten Mehraufwendungen mit der verbleibenden Hälfte nicht gedeckt würden.

Für die Zeit ab 1. Januar 1981 hat das Berufungsgericht auf der Grundlage der ihm für die ersten acht Monate des Jahres zugänglichen Zahlen ein monatliches Nettoeinkommen des Beklagten von 2.885 DM festgestellt. Von den Spesen, die er in dieser Zeit in Höhe von 13.307,22 DM brutto erhalten habe, hat es 2.230 DM (etwa die Hälfte des nach Abzug der Kraftfahrzeugkosten von 8.843,40 DM für 24.565 km Geschäftsfahrten ver-

bleibenden Betrages in Höhe von 4.463,82 DM) als Einkommen berücksichtigt.

b) Bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten sind zur Feststellung seines Einkommens grundsätzlich alle Einkünfte heranzuziehen, die ihm zufließen (BGH, Urteil vom 16. Januar 1980 - IV ZR 115/78 - FamRZ 1980, 342; Senatsurteil vom 21. Januar 1981 - IVb ZR 548/80 - FamRZ 1981, 338, sowie zuletzt Senatsurteil vom 27. April 1983 - IVb ZR 377/81). Danach sind als Arbeitseinkommen regelmäßig alle Leistungen anzusehen, die einem Arbeitnehmer im Hinblick auf das Anstellungsverhältnis gewährt werden, gleichgültig, aus welchem Anlaß sie im einzelnen gezahlt werden. Dazu gehören auch die dem Beklagten zufließenden Spesen (vgl. Kalthoener/Haase-Becher/Büttner, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 2. Aufl. Rdn. 342 m.w.N.). Dem steht nicht entgegen, daß sie einen konkreten Mehraufwand abdecken sollen. Die Bestimmung solcher Leistungen zum Ausgleich besonderer Aufwendungen führt nicht dazu, daß sie von vornherein außer Ansatz bleiben. Soweit der Empfänger der Leistungen einen tatsächlichen Mehrbedarf hat, werden die Spesen davon zwar aufgezehrt, im übrigen sind sie jedoch dem unterhaltserheblichen Einkommen zuzurechnen.

Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht nicht zum Nachteil des Beklagten abgewichen. Es hat die dem Beklagten zugeflossenen Spesen nur insoweit - teilweise - seinem Einkommen zugerechnet, als sie nicht durch nachgewiesenen Mehraufwand verbraucht worden

sind. Das dem Beklagten zum Ausgleich der geschäftlichen Benutzung seines privaten Pkw zugeflossene Kilometergeld hat das Berufungsgericht jeweils ermittelt und in vollem Umfang als tatsächlich verbraucht gewertet; hiervon hat es demgemäß nichts dem unterhaltsrechtlich zu berücksichtigenden Einkommen des Beklagten zugerechnet.

Der Beklagte hat zwar behauptet, die tatsächlichen Fahrzeugkosten seien höher als der Vergütungssatz von 0,36 DM pro km. Soweit das Berufungsgericht dem nicht gefolgt ist, sondern das Gegenteil festgestellt hat, ist dies für das Revisionsgericht bindend, da eine zulässige und begründete Verfahrensrüge hierzu nicht erhoben ist (§ 561 Abs. 2 ZPO). Den abweichenden Prozeßvortrag des Beklagten hat das Berufungsgericht nicht übergangen, sondern es ist ihm unter Darlegung der dafür maßgeblichen Gründe lediglich nicht gefolgt. Darin liegt kein Verstoß gegen § 286 ZPO.

Auch soweit die Revision beanstandet, das Oberlandesgericht habe den nach Abzug des Kilometergeldes verbleibenden Teil der Spesen nicht pauschal zur Hälfte seinem Einkommen zurechnen dürfen, verhilft dies der Revision nicht zum Erfolg. Es kann offen bleiben, ob die vom Tatrichter - entsprechend Ziff. 12.1. der Kölner Unterhaltsrichtlinien - angewendete Praxis gebilligt werden kann, von dem durch konkreten Mehraufwand nicht aufgezehrten Teil der Spesen schematisch nur einen bestimmten Anteil dem unterhaltserheblichen Einkommen zuzurechnen. Im vorliegenden Fall ist der Beklagte dadurch nicht benachteiligt: Hätte das Be-

rufungsgericht nicht lediglich die Hälfte der nach Abzug des Kilometergeldes verbleibenden Spesen berücksichtigt, wäre für die Unterhaltsbemessung von einem noch höheren Nettoeinkommen des Beklagten auszugehen. Denn einen konkreten Mehraufwand hatte er über die Fahrzeugkosten hinaus weder für 1980 noch für die Zeit ab 1. Januar 1981 dargelegt, obwohl bereits im erstinstanzlichen Urteil eine Erhöhung des rechnerisch ermittelten Unterhaltsanspruchs der Klägerin damit begründet worden war, daß der Beklagte aus den vom Amtsgericht nicht berücksichtigten hohen Spesen finanzielle Vorteile für seine private Lebenshaltung habe.

3. Vor der Ermittlung der Einkommensdifferenz beider Parteien und der daraus entnommenen 3/7-Quote für die Klägerin - die sowohl für 1980 wie für 1981 die vom Amtsgericht zugesprochene Unterhaltsrente übersteigt - hat das Berufungsgericht vom Nettoeinkommen des Beklagten den gesamten Aufwand abgezogen, den er für die Betreuung des Sohnes der Parteien aufbringen muß. Zu dessen Berechnung hat es den der Düsseldorfer Tabelle entnommenen Regelsatz für den Barunterhalt um eine Stufe (von 380 DM auf 430 DM) erhöht, weil der Beklagte entgegen dem Regelbild dieser Tabelle neben der Klägerin nur einem und nicht zwei Kindern unterhaltspflichtig sei; diesen Betrag hat es um weitere 250 DM auf 680 DM monatlich im Hinblick darauf erhöht, daß der Beklagte eine Haushaltshilfe eingestellt habe, um weiterhin uneingeschränkt seiner beruflichen Tätigkeit nachgehen zu können: In Ermangelung anderweitigen Vorbringens sei davon auszugehen, daß von den Aufwendungen für diese

Hilfskraft (nach den Angaben des Beklagten monatlich 338 DM im Jahre 1980 und monatlich 360 DM seit dem 1. Januar 1981) ein gewisser Anteil dem Beklagten persönlich zugute komme.

Demgegenüber macht die Revision geltend, bei der Unterhaltsbemessung dürfe nur die Hälfte des Nettoeinkommens des Beklagten zugrunde gelegt werden: Ebenso wie einer Mutter in gleicher Lage sei ihm nur eine Halbtagsbeschäftigung zuzumuten; setze er sich der Doppelbelastung voller Berufstätigkeit und Kindesbetreuung aus, müsse er in der Weise entlastet werden, daß bei der Berechnung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin auf seiner Seite nur das aus der zumutbaren (Halbtags-) Tätigkeit erzielte Einkommen angesetzt werde, zumal er den gesamten Lebensbedarf einschließlich des Betreuungsaufwandes für den Sohn der Parteien allein trage. Auch dieser Revisionsangriff führt nicht zum Erfolg.

a) Ob der Beklagte - oder, lebte der im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung 16 Jahre alte Sohn in ihrem Haushalt: die Klägerin - eine bis zur Trennung der Parteien ausgeübte Erwerbstätigkeit wegen der Betreuung dieses Kindes im Verhältnis zum unterhaltsbedürftigen Ehegatten hätte einschränken dürfen, erscheint bereits zweifelhaft; denn die unterhaltsrechtliche Obliegenheit zur Erwerbstätigkeit wird in der Regel nicht mehr von der Notwendigkeit beeinflusst, ein Kind zu betreuen, das älter als 15 Jahre ist (vgl. dazu die im Senatsurteil vom 4. November 1981 - IVb ZR 629/80 - FamRZ 1982, 148 f. aufgeführte Rechtsprechung). Die Frage kann indessen im vorliegenden Fall offenbleiben. Selbst wenn eine Erwerbstätigkeit wegen der Betreuung von Kindern hätte einge-

schränkt werden dürfen, hätte dies nicht zur Folge, daß das Einkommen aus der über das gebotene Maß hinaus ausgeübten Erwerbstätigkeit bei der Unterhaltsbemessung unberücksichtigt bleiben müßte. In welchem Umfang das aus einer solchen Tätigkeit erzielte (Mehr-) Einkommen zu berücksichtigen ist, muß vielmehr nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beurteilt werden (vgl. Senatsurteil vom 19. Mai 1982 - IVb ZR 702/80 - FamRZ 1982, 779). Damit steht es im Einklang, auf seiten des Unterhaltsverpflichteten das Einkommen aus einer trotz der Kindesbetreuung ausgeübten Berufstätigkeit in vollem Umfang anzusetzen, jedoch den Betrag abzuziehen, der für die infolge dieser Berufstätigkeit notwendig gewordene anderweitige Betreuung des Kindes aufgewendet werden mußte.

Es ist danach nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht den Betreuungsaufwand danach bemessen hat, welche Kosten monatlich für die im Haushalt tätige Hilfskraft aufzubringen sind. Daß es von dem vorgetragenen Monatsbetrag von 360 DM (ab 1. Januar 1981) im Wege der Schätzung nur 250 DM berücksichtigt hat, weil die Arbeitsleistung der Haushaltshilfe auch dem Beklagten persönlich in gewissem Umfang zugute kommt, liegt im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung (§ 287 ZPO) und ist deshalb revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

b) Die Revision wendet sich in diesem Zusammenhang dagegen, daß das Berufungsgericht den Aufwand für den Sohn, den es über die konkret berücksichtigten Kosten für die Haushaltshilfe hinaus abgezogen hat, aus der Düsseldorfer Tabelle abgeleitet und danach bemessen hat,

in welchem Umfang dem Kind ein Barunterhaltsanspruch gegen den Beklagten zustände. Auch dieses Bedenken ist jedoch ungerechtfertigt. Richtig ist zwar, daß der Elternteil, der bereits die persönlichen Fürsorgeleistungen erbringt, nur ausnahmsweise zum Barunterhalt verpflichtet ist (vgl. Senatsurteil vom 2. Juli 1980 - IVb ZR 519/80 - FamRZ 1980, 994 m.w.N.). Das hindert indessen ebensowenig wie die Schwierigkeiten einer konkreten rechnerischen Bewertung des Aufwandes, in einem Fall, wie er hier vorliegt, den bei anderweitiger Betreuung des Kindes geschuldeten Barunterhalt als Abzugsposten für die Berechnung des verfügbaren Nettoeinkommens des Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen. Der Beklagte wird dadurch nicht benachteiligt, daß ihm das Berufungsgericht zusammen 680 DM monatlich für den gesamten Unterhalt des Sohnes anrechnungsfrei belassen hat, obwohl davon nur 250 DM als Kosten einer fremden Betreuung nachgewiesen sind. Daß der ohne weiteren Vortrag zum konkreten Betreuungsaufwand berücksichtigte Betrag von monatlich 680 DM zu niedrig bemessen und daher

unter irgend einem Gesichtspunkt noch erhöht werden müsse, kann nicht angenommen werden. Auch die Revision zeigt dies nicht auf.

Lohmann

Portmann

Seidl

Blumenröhr

Nonnenkamp