BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 129/06

Verkündet am:
19. November 2008
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 1581, 1603; SGB II §§ 7, 33; SGB V § 47

a) Ein vom Unterhaltsberechtigten bezogenes Arbeitslosengeld II ist nicht bedarfsdeckend und lässt den Unterhaltsanspruch als subsidiäre Sozialleistung nicht entfallen.

b) Bezieht der Unterhaltspflichtige Krankengeld, sind davon bereits im Rahmen der Bedarfsbemessung grundsätzlich weder pauschale berufsbedingte Kosten noch ein Erwerbstätigenbonus abzusetzen.

c) Im Rahmen der Leistungsfähigkeit entspricht der dem Unterhaltspflichtigen zu belassende Selbstbehalt in solchen Fällen dem Selbstbehalt eines Nichterwerbstätigen. Gegenüber dem Anspruch auf Ehegattenunterhalt muss ihm aber grundsätzlich ein Selbstbehalt verbleiben, der den notwendigen Selbstbehalt gegenüber einem Unterhaltsanspruch minderjähriger Kinder (§ 1603 Abs. 2 BGB) übersteigt und zwischen diesem und dem angemessenen Selbstbehalt (§ 1603 Abs. 1 BGB) liegt. Das gilt auch gegenüber einem Anspruch auf Betreuungsunterhalt.

BGH, Urteil vom 19. November 2008 - XII ZR 129/06 - OLG Karlsruhe
AG Freiburg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 2008 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Prof. Dr. Wagenitz, Dose und Dr. Klinkhammer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats in Freiburg des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 10. März 2006 teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Freiburg vom 30. Juni 2005 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin

1. rückständigen Trennungsunterhalt für die Zeit von Januar bis März 2005 in Höhe von insgesamt 573 € zuzüglich 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 4. März 2005,

2. laufenden Trennungsunterhalt, zahlbar jeweils monatlich im Voraus bis zum 3. jeden Monats,

   a) für die Zeit von April bis Juni 2005 in Höhe von monatlich 191 €,

   b) für Juli 2005 in Höhe von 106 €,

   c) für die Zeit von August bis Dezember 2005 in Höhe von monatlich 191 €,

d) für Januar 2006 in Höhe von 159,66 € und

e) für die Zeit von Februar bis zum 14. August 2006 in Höhe von monatlich 116,28 €,

zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens in erster und zweiter Instanz haben die Klägerin 2/5 und der Beklagte 3/5 zu tragen. Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten noch um Trennungsunterhalt für die Zeit vom 19. Januar bis zum 14. August 2006.

2 Die Parteien hatten im Januar 2002 geheiratet und lebten seit Dezember 2004 dauernd getrennt. Die Klägerin war in Teilzeit mit 30 Stunden pro Woche erwerbstätig, während der Beklagte vollzeitbeschäftigt war. Seit dem 19. Januar 2006 bezog der Beklagte Krankengeld in Höhe von täglich 32,11 €. Vermögenswirksame Leistungen erhielt der Beklagte seit dieser Zeit nicht mehr. Einen Bausparvertrag, auf den frühere vermögenswirksame Leistungen eingezahlt wurden, löste der Beklagte im Januar 2006 auf. Mit dem daraus erlangten Betrag und dem Erlös aus dem Verkauf seines PKW führte er einen Kredit zurück,

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

den er für den Kauf des PKW aufgenommen hatte. Einen restlichen Betrag in Höhe von rund 7.000 € legte er an.

3 Am 28. Juni 2005 wurde die gemeinsame Tochter der Parteien geboren, die bei der Klägerin lebt. Für das Kind ist gegenüber dem Beklagten ein Unterhaltsanspruch in Höhe von 100 % der früheren Regelbetragverordnung tituliert. Die Klägerin bezieht seit Juli 2005 Grundsicherung für Arbeitssuchende (im Folgenden: Arbeitslosengeld II). Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Träger dieser Leistungen die Unterhaltsansprüche der Klägerin gegen den Beklagten auf sich übergeleitet hatte. Mit Vereinbarung vom 22. Januar 2007 zwischen dem Leistungsträger und der Klägerin wurden die Ansprüche wieder auf die Klägerin zurück übertragen.

4 Das Amtsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, an die Klägerin Trennungsunterhalt in Höhe von monatlich 191 € zu zahlen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht den geschuldeten Unterhalt für Juli 2005 auf 106 € und für die Zeit ab Februar 2006 auf monatlich 143 € herabgesetzt. Die weitergehende Berufung des Beklagten mit dem Ziel einer vollständigen Klagabweisung hat es zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision des Beklagten, mit der er eine weitere Herabsetzung des geschuldeten Unterhalts auf 159,66 € für Januar 2006 und auf monatlich 116,28 € für die Zeit ab Februar 2006 begehrt.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist in dem eingelegten Umfang begründet und führt insoweit zur Abänderung der angefochtenen Entscheidungen.

I.

6 Das Oberlandesgericht hat der Berufung des Beklagten nur teilweise stattgegeben und den Trennungsunterhalt für die Zeit ab Februar 2006 auf monatlich 143 € herabgesetzt. Für die Zeit ab dem 19. Januar 2006 seien auf Seiten des Beklagten der Bezug des Krankengeldes in Höhe von täglich 32,11 € und ein Selbstbehalt in Höhe von monatlich 770 € zu berücksichtigen. Es sei angemessen, dem Beklagten gegenüber seiner Ehefrau nur den notwendigen Selbstbehalt zu belassen, weil sie das gemeinsame Kind der Parteien betreue. Zudem sei nur der reduzierte notwendige Selbstbehalt eines Nichterwerbstätigen zu berücksichtigen. Denn der erhöhte Selbstbehalt eines Erwerbstätigen beruhe auf einem Arbeitsanreiz und einer "Belohnung" für die Erwerbstätigkeit, die beim Bezug von Krankengeld nicht zu gewähren sei, zumal hier eine dauerhafte Erkrankung vorliege. Dem stehe auch die Lohnersatzfunktion des Krankengeldes nicht entgegen, weil sich das Krankengeld insoweit nicht vom Arbeitslosengeld I unterscheide, bei dem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls kein Arbeitsanreiz zu berücksichtigen sei. Auch bestehe keine Veranlassung, von dem Krankengeld des Beklagten pauschale berufsbedingte Aufwendungen abzusetzen, da weder ersichtlich noch vorgetragen sei, dass ihm überhaupt solche Aufwendungen entstünden.

7 Das von der Klägerin bezogene Arbeitslosengeld II habe keine Lohnersatzfunktion, sondern bilde auf Seiten der Unterhaltsberechtigten lediglich eine subsidiäre Sozialleistung.

8 Im Rahmen der Mangelfallberechnung sei von einem Bedarf des minderjährigen Kindes in Höhe von 135 % des Regelbetrages und einem Einsatzbetrag der Klägerin in Höhe ihres notwendigen Selbstbehalts von 770 € auszugehen. Auf der Grundlage der nach Abzug des notwendigen Selbstbehalts noch

vorhandenen Verteilungsmasse in Höhe von (963,23 € - 770 € =) 193,23 € errechne sich im Rahmen der Mangelfallberechnung mit dem ebenfalls unterhaltsberechtigten gemeinsamen Kind ein Anspruch der Klägerin in Höhe von 142,24 €.

9 Das Oberlandesgericht hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, "ob beim Bezug von Krankengeld der notwendige Selbstbehalt eines Erwerbstätigen oder derjenige eines Nichterwerbstätigen und ob pauschale berufsbedingte Aufwendungen in Höhe von 5 % abzuziehen" seien.

II.

10 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten in einem wesentlichen Punkt der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Aktivlegitimation der Klägerin durch den Bezug des Arbeitslosengeldes II nicht entfallen ist. Zwar konnte der Träger der Leistungen den Unterhaltsanspruch des Leistungsberechtigten nach § 33 SGB II in der bis Juli 2006 geltenden Fassung mittels Verwaltungsakt auf sich überleiten. Seit Änderung der Vorschrift zum 1. August 2006 geht der Unterhaltsanspruch in Höhe des geleisteten Arbeitslosengeldes II gesetzlich auf den Träger der Leistung über. Mit Blick auf den gesetzlichen Forderungsübergang (zur Rückwirkung vgl. Senatsbeschluss vom 15. März 1995 - XII ZR 269/94 - FamRZ 1995, 871, 872) in der Neufassung des § 33 SGB II hat die Klägerin eine Vereinbarung mit dem Leistungsträger vorgelegt, wonach ihr die Unterhaltsansprüche nach § 33 Abs. 4 SGB II zurück übertragen worden sind.

12 2. Zu Recht geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass auf Seiten des Beklagten für die hier relevante Zeit ab dem 19. Januar 2006 von dessen Krankengeld auszugehen ist. Das Krankengeld, das sich auf (täglich 32,11 € x 30 Tage =) monatlich 963,30 € beläuft, hat Lohnersatzfunktion und ist deswegen bei dem unterhaltspflichtigen Beklagten als Einkommen zu berücksichtigen (Senatsurteil vom 1. Oktober 1986 - IVb ZR 68/85 - FamRZ 1987, 36, 38; vgl. auch Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 1 Rdn. 84; Göppinger/Wax/Strohal Unterhaltsrecht 8. Aufl. Rdn. 554). Weitere Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit hat das Berufungsgericht für diese Zeit nicht mehr festgestellt.

13 a) Von den Einkünften des Beklagten aus Krankengeld hat das Oberlandesgericht zu Recht keine pauschalen berufsbedingten Aufwendungen abgesetzt. Denn eine Pauschalierung solcher Aufwendungen setzt voraus, dass überhaupt berufsbedingte Aufwendungen entstehen, was hier nicht festgestellt ist und beim längerfristigen Bezug von Krankengeld auch fern liegt (vgl. Senatsurteil vom 7. April 1982 - IVb ZR 673/80 - FamRZ 1982, 579, 581 [zur Erwerbsunfähigkeitsrente]).

14 Zwar ist von dem Krankengeld grundsätzlich derjenige Teil abzusetzen, der für krankheitsbedingte Mehrkosten benötigt wird (Senatsurteil vom 1. Oktober 1986 - IVb ZR 68/85 - FamRZ 1987, 36, 38). Solche Kosten sind allerdings stets konkret nachzuweisen, was nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier nicht der Fall ist. Die Vermutung des § 1610a BGB, wonach die Kosten der Aufwendungen regelmäßig nicht geringer sind als die Sozialleistungen infolge eines Körper- oder Gesundheitsschadens, gilt für das nach § 47 SGB V am früheren Einkommen orientierte Krankengeld nicht (Wendl/Dose aaO § 1 Rdn. 84 m.w.N.).

15 b) Ebenso zutreffend hat das Berufungsgericht von dem Krankengeld des Beklagten keinen Erwerbstätigenbonus abgesetzt. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats trägt der Erwerbstätigenbonus - neben den pauschalierbaren berufsbedingten Aufwendungen - im Wesentlichen dazu bei, den Anreiz für eine Erwerbstätigkeit zu erhalten. Ist der Unterhaltspflichtige jedoch nicht erwerbstätig, entfällt dieser Gesichtspunkt als Rechtfertigung für die Minderung der Unterhaltsquote des Berechtigten (Senatsurteil vom 7. Juli 1982 - IVb ZR 726/80 - FamRZ 1982, 894, 895; vgl. auch Wendl/Dose aaO § 1 Rdn. 94a und 438). Nichts anderes gilt, wenn der Beklagte - wie hier - auf längere Zeit aus dem Erwerbsleben ausgeschieden ist und Krankengeld bezieht.

16 c) Schließlich hat das Oberlandesgericht ebenfalls zu Recht das Vermögen des Beklagten in Höhe von rund 7.000 € bei der Unterhaltsberechnung unberücksichtigt gelassen.

17 Nach § 1581 Satz 2 BGB muss der Unterhaltspflichtige den Stamm seines Vermögens nicht für den nachehelichen Unterhalt verwerten, soweit dies unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre. Diese Grundsätze sind entsprechend auch im Rahmen des hier zu beurteilenden Trennungsunterhalts heranzuziehen, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass sich das Verhältnis der Ehegatten während ihrer Trennungszeit von demjenigen nach der Scheidung noch durch die eheliche Bindung unterscheidet (Senatsurteil vom 9. Juni 2004 - XII ZR 277/02 - FamRZ 2005, 97, 99). Einerseits tragen die Ehegatten während der Ehe noch mehr Verantwortung füreinander als nach der Ehescheidung. Andererseits legt die besondere Verbundenheit, von der das Verhältnis der Ehegatten geprägt wird, dem Unterhaltsberechtigten während des Getrenntlebens auch noch ein höheres Maß an Rücksichtnahme auf die Interessen des Unterhaltspflichtigen auf, als dies nach der Scheidung der Fall ist. Diese Pflicht kann dazu führen,

dass dem Unterhaltspflichtigen schon während der Trennungszeit die Verwertung seines Vermögens nicht zugemutet werden kann (vgl. auch Wendl/Dose aaO § 1 Rdn. 417 f.).

18 In Anbetracht der relativ geringen Summe und der Tatsache, dass der Beklagte das Geld durch den Verkauf seines PKW erlangt hat, ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den Vermögensstamm des Beklagten unberücksichtigt gelassen hat. Vermögenserträge, die regelmäßig das unterhaltsrelevante Einkommen erhöhen (Wendl/Dose aaO § 1 Rdn. 403 ff.), hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, was auch von der Klägerin hingenommen wird.

19 3. Die Einkünfte der Klägerin aus Arbeitslosengeld II hat das Berufungsgericht zutreffend als nicht bedarfsdeckend, sondern als subsidiäre Sozialleistung behandelt.

20 Im Gegensatz zu dem nach § 129 SGB III von der Höhe des früheren Einkommens abhängigen Arbeitslosengeld I ist das einem Unterhaltsberechtigten nach § 7 SGB II gewährte Arbeitslosengeld II grundsätzlich nicht als Einkommen zu berücksichtigen. Nur dies ist mit dem in § 33 SGB II geregelten gesetzlichen Forderungsübergang vereinbar. Denn wenn das Arbeitslosengeld II – wie das Arbeitslosengeld I - als Einkommensersatz bedarfsdeckend zu berücksichtigen wäre, entfiele damit die Bedürftigkeit, und der Unterhaltsanspruch könnte nicht mehr auf den Träger der Leistung übergehen. Hinzu kommt, dass das Arbeitslosengeld II eine Bedürftigkeit des Berechtigten voraussetzt und deswegen - wie die Sozialhilfe - lediglich eine subsidiäre Sozialleistung bildet (vgl. auch Wendl/Scholz aaO § 8 Rdn. 7, 225 ff.).

21 4. Die angefochtene Entscheidung hält den Angriffen der Revision allerdings nicht stand, soweit sie dem Beklagten im Rahmen der Mangelfallberechnung lediglich den notwendigen Selbstbehalt belassen hat.

22 a) Der Beklagte verfügte in der hier relevanten Zeit bis August 2006 lediglich über Einkünfte aus seinem Krankengeld in Höhe von monatlich 963,30 €. Davon war er dem am 28. Juni 2005 geborenen gemeinsamen Kind und der Klägerin unterhaltspflichtig, deren Ansprüche nach dem gemäß § 36 Nr. 7 EGZPO für Unterhaltsansprüche bis Ende 2007 fort geltenden § 1609 Abs. 2 BGB a.F. gleichrangig waren. Im Hinblick darauf ist hier erkennbar eine Mangelfallberechnung durchzuführen, in die nach der Rechtsprechung des Senats als Einsatzbetrag für das minderjährige Kind 135 % des seinerzeit geltenden Regelbetrags, also (204 € x 135 % =) 276 € einzustellen sind. Für die Klägerin ist - um eine angemessene Relation der seinerzeit noch gleichrangigen Unterhaltsansprüche im Rahmen der Mangelfallberechnung zu erreichen - als Einsatzbetrag von ihrem notwendigen Eigenbedarf, den das Berufungsgericht zutreffend mit monatlich 770 € bemessen hat, auszugehen (Senatsurteil vom 22. Januar 2003 - XII ZR 2/00 - FamRZ 2003, 363, 365 f.). Daraus ergibt sich ein gesamter Unterhaltsbedarf in Höhe von (276 € + 770 € =) 1.046 €.

23 b) Die Leistungsfähigkeit des Beklagten ergibt sich aus dessen Einkünften in Höhe von 963,30 € abzüglich eines ihm zu belassenden Selbstbehalts. Eine Unterhaltspflicht besteht jedenfalls dann nicht, wenn der Unterhaltsschuldner infolge einer solchen Pflicht selbst sozialhilfebedürftig würde. Denn dem Unterhaltspflichtigen muss schon aus verfassungsrechtlichen Gründen jedenfalls der Betrag verbleiben, der seinen eigenen Lebensbedarf nach sozialhilferechtlichen Grundsätzen sicherstellt. Die finanzielle Leistungsfähigkeit endet deswegen jedenfalls dort, wo der Unterhaltspflichtige nicht mehr in der Lage ist, seine eigene Existenz zu sichern. Bei der Bemessung des Selbstbehalts, die

nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters ist, sind zusätzlich die gesetzlichen Vorgaben zu beachten, die sich insbesondere aus dem Wesen der Unterhaltspflicht und der Rangfolge des Anspruchs im Verhältnis zu anderen Unterhaltsberechtigten ergeben (vgl. Senatsurteil BGHZ 166, 351, 356 f. = FamRZ 2006, 683, 684).

24 aa) Zutreffend ist das Berufungsgericht zwar davon ausgegangen, dass dem Beklagten während des Bezugs von Krankengeld lediglich der Selbstbehalt eines Nichterwerbstätigen zu verbleiben hat. Wie der Erwerbstätigenbonus im Rahmen der Bedarfsbemessung schafft der erhöhte Selbstbehalt des Erwerbstätigen im Rahmen der Leistungsfähigkeit einen Anreiz, seine Erwerbstätigkeit nicht aufzugeben (vgl. Senatsurteil vom 9. Januar 2008 - XII ZR 170/05 - FamRZ 2008, 594, 597; vgl. auch Wendl/Klinkhammer aaO § 2 Rdn. 267). Ist der Unterhaltspflichtige allerdings nicht erwerbstätig, entfällt diese Rechtfertigung. Das gilt auch, wenn der Unterhaltspflichtige - wie hier - auf längere Zeit aus dem Erwerbsleben ausgeschieden ist, weil er Krankengeld bezieht.

25 Dass das Krankengeld nach § 48 Abs. 1 SGB V wegen derselben Krankheit nur zeitlich beschränkt und nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ohnehin nur bis zu einer krankheitsbedingten Verrentung gezahlt wird, steht dem ebenso wenig entgegen, wie der Umstand, dass sich die Höhe des Krankengeldes gemäß § 47 Abs. 1 SGB V an dem früher erzielten Einkommen orientiert und es damit Lohnersatzfunktion bekommt. Denn gleiches ist beim Arbeitslosengeld I der Fall, das der Berechtigte nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 8, 118 Abs. 1 Nr. 1, 119 Abs. 1 SGB III ebenfalls nur beziehen kann, wenn er dem Arbeitsmarkt weiterhin zur Verfügung steht, und das nach §§ 129, 131 SGB III auch von der Höhe des zuvor erzielten Einkommens abhängt. Auch bei dieser Lohnersatzleistung ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats kein Erwerbstätigenbonus vorweg abzu-

ziehen, weil sie nicht für eine fortwährende Arbeitsleistung gezahlt wird (Senatsurteil BGHZ 172, 22, 36 = FamRZ 2007, 983, 987).

26 bb) Im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts kann der Selbstbehalt gegenüber einem Anspruch auf Trennungsunterhalt oder nachehelichen Ehegattenunterhalt (Ehegattenselbstbehalt) aber nicht generell mit dem Betrag bemessen werden, der als notwendiger Selbstbehalt gegenüber Unterhaltsansprüchen Minderjähriger oder ihnen nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB gleichgestellter Kinder im Rahmen des Verwandtenunterhalts gilt. Nach der Rechtsprechung des Senats ist es nicht vertretbar, einem unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten regelmäßig nur den notwendigen Selbstbehalt zu belassen. Eine darin zum Ausdruck kommende Gleichbehandlung des Unterhaltsanspruchs von Ehegatten mit dem Anspruch minderjähriger Kinder, wie sie für das Rangverhältnis in § 1609 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. für die Zeit bis Ende 2007 angeordnet war, würde die gesteigerte Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB außer Betracht lassen. 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 (vgl. Senatsurteil BGHZ 166, 351, 356 ff. = FamRZ 2006, 683, 684). Das gilt für geschiedene oder getrennt lebende Ehegatten nicht in gleichem Maße, auch nicht wenn es sich um Betreuungsunterhalt handelt. Diesen stärkeren Schutz des Unterhaltsanspruchs minderjähriger Kinder hat der Gesetzgeber inzwischen durch das zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene Unterhaltsrechtsänderungsgesetz betont, indem er in § 1609 Nr. 1 BGB den Unterhalt minderjähriger und privilegierter volljähriger Kinder als gegenüber anderen Unterhaltsansprüchen, auch gegenüber dem Betreuungsunterhalt nach den §§ 1570, 1615 l Abs. 2 BGB (vgl. § 1609 Nr. 2 BGB), vorrangig ausgestaltet hat.

27 Gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Trennungsunterhalt muss dem Beklagten deswegen ein Selbstbehalt verbleiben, der den notwendigen Selbstbehalt gegenüber dem Unterhaltsanspruch des gemeinsamen minderjährigen Kindes nicht unerheblich übersteigt. Er ist in der Regel mit einem Betrag zu bemessen, der zwischen dem angemessenen Selbstbehalt (§ 1603 Abs. 1 BGB) und dem notwendigen Selbstbehalt (§ 1603 Abs. 2 BGB) liegt (Senatsurteil BGHZ 166, 351, 356 ff. = FamRZ 2006, 683, 684). Es ist deswegen nicht zu beanstanden, wenn die Süddeutschen Leitlinien, denen auch das Berufungsgericht folgt, in solchen Fällen mangels anderer Anhaltpunkte regelmäßig von einem Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen ausgehen, der hälftig zwischen dem notwendigen Selbstbehalt (für Nichterwerbstätige derzeit 770 €) und dem angemessenen Selbstbehalt (derzeit 1.100 €) liegt und somit 935 € beträgt (vgl. Ziff. 21.2 und 21.3.1 der Süddeutschen Leitlinien; FamRZ 2005, 1376, 1379 und 2008, 231, 233).

28 Danach wäre der Beklagte lediglich in Höhe von (963,30 € - 935 € =) 28,30 € leistungsfähig. Nur dieser Betrag wäre anteilig auf den Bedarf der Klägerin und das gemeinsame Kind (dessen Unterhalt aus der Differenz zwischen dem Ehegattenselbstbehalt und dem notwendigen Selbstbehalt weiter aufgestockt werden könnte) zu verteilen.

29 5. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, weil der Beklagte lediglich Herabsetzung des monatlichen Trennungsunterhalts auf

116,28 € beantragt hat und jedenfalls auszuschließen ist, dass die Leistungsfähigkeit des Beklagten gegenüber der Klägerin diesen eingeräumten Unterhalt übersteigt.

Hahne Weber-Monecke Wagenitz

Dose Klinkhammer

Vorinstanzen:
AG Freiburg, Entscheidung vom 30.06.2005 - 45 F 102/05 -
OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 10.03.2006 - 5 UF 210/05 -