

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 1361, 1569 f., 1634

Der unterhaltsverpflichtete Ehegatte kann dem unterhaltsberechtigten Ehegatten grundsätzlich keine Fahrtkosten zur Ausübung seines Umgangsrechts mit dem Kind unterhaltsmindernd entgegenhalten.

BGH, Vers.-Urteil vom 9. November 1994 - XII ZR 206/93 - OLG Hamm
AG Kamen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis-
URTEIL

XII ZR 206/93

Verkündet am:
9. November 1994
Riegel
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

- 2 -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 1994 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Zysk, Nonnenkamp, Dr. Hahne und Sprick

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden - unter Zurückweisung im übrigen - das Urteil des 10. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. August 1993 teilweise aufgehoben und das Urteil des Amtsgerichts - Familiengerichts - Kamen vom 9. September 1992 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin folgende monatliche Unterhaltsbeträge, den laufenden Unterhalt jeweils im voraus bis zum 5. eines jeden Monats, zu zahlen:

1. Ehegattenunterhalt:

Für Dezember 1991	723 DM,
für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 1992 je	598 DM,
für die Zeit vom 1. Juli bis 30. September 1992 je	398 DM,
für die Zeit vom 1. Oktober 1992 bis 31. März 1993 je	186 DM,



2. Kindesunterhalt für den Sohn

Patrick ab 1. Oktober 1992 je 410 DM.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz werden gegeneinander aufgehoben. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 6/10 und dem Beklagten zu 4/10, die Gerichtskosten des Revisionsverfahrens der Klägerin zu 7/10 und dem Beklagten zu 3/10 sowie die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens der Klägerin zu 6/10 und dem Beklagten zu 4/10 auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um restlichen Trennungsunterhalt. Ihre 1967 geschlossene Ehe ist durch seit 20. Mai 1993 rechtskräftiges Urteil geschieden worden. Das Sorgerecht für den jüngsten, am [REDACTED] 1985 geborenen Sohn Patrick ist beiden Elternteilen zugesprochen worden.

Die nicht erwerbstätige Klägerin ist im Februar 1991 aus der ehed Gemeinsamen Wohnung in E. ausgezogen und in das ca. 160 km entfernte K. verzogen, wo sie mit ihrem neuen Partner zusammenlebt. Der Sohn befindet sich mit

Einverständnis des Beklagten in ihrer Obhut. Der Beklagte holt den Sohn zweimal im Monat zu sich nach E.

Der Beklagte, der bis Ende März 1993 Lohneinkünfte gehabt und seitdem Arbeitslosengeld bezogen hat, hat auf den Ehegattenunterhalt vom 1. Oktober 1992 bis 30. April 1993 monatlich 202 DM entrichtet. Für den Sohn hat er bis einschließlich September 1992 400 DM und ab Oktober 1992 410 DM monatlich bezahlt.

Die Klägerin hat in erster Instanz ab 1. Dezember 1991 einen monatlichen Trennungsunterhalt von 842,83 DM und für den Sohn einen Kindesunterhalt von monatlich 465 DM geltend gemacht.

Das Amtsgericht hat der Klägerin ab Mitte Dezember 1991 nur einen zeitlich gestaffelten monatlichen Unterhalt zwischen 202 DM und 412,24 DM und für den Sohn Patrick ab Oktober 1992 einen Unterhalt von 410 DM monatlich zuerkannt. Dabei hat es u.a. bei der Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens des Beklagten 468,80 DM monatliche Fahrtkosten des Beklagten zur Ausübung des Umgangsrechts mit seinem Sohn abgesetzt.

Mit ihrer Berufung hat die Klägerin ihren erstinstanzlich geltend gemachten Trennungsunterhalt weiterverfolgt. Das Oberlandesgericht hat - neben anderen Abzugsposten - Fahrtkosten in Höhe von monatlich 200 DM zur Ausübung des Umgangsrechts mit dem Sohn zugunsten des Beklagten berücksichtigt und der Klägerin einen monatlichen Unterhalt von 676 DM für Dezember 1991, 434 DM für das erste Halbjahr 1992, 234 DM für Juli bis September 1992 und 24 DM für

Oktober 1992 bis einschließlich März 1993 (unter Berücksichtigung der freiwilligen Zahlungen des Beklagten) zuerkannt. Im übrigen hat es ihre Berufung zurückgewiesen.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit der zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I. Der Beklagte war trotz rechtzeitiger Bekanntmachung im Verhandlungstermin nicht vertreten. Deshalb ist über den Revisionsantrag der Klägerin durch Versäumnisurteil zu entscheiden, §§ 557, 331 ZPO (vgl. BGHZ 37, 79, 81). Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf einer Sachprüfung (BGH aaO S. 82).

II. 1. Das Oberlandesgericht hat die Fahrtkosten, die dem Beklagten im Zusammenhang mit der Ausübung des Umgangs mit seinem Sohn entstehen und die er bei einer monatlichen Fahrstrecke von 640 km mit 537,60 DM beziffert hat, in Höhe von monatlich 200 DM anerkannt und hierzu ausgeführt: Umgangskosten könnten dem unterhaltsberechtigten Ehegatten zwar nur in eng begrenzten Ausnahmefällen entgegengehalten werden. Die vorliegenden Besonderheiten rechtfertigen es indessen, die anfallenden Kosten für die Ausübung des Umgangsrechts in angemessener Weise zu berücksichtigen. Diese Besonderheiten beständen darin, daß die Klägerin mit dem Sohn den Familienwohnsitz in E. verlassen und in das 160 km entfernte K. verzogen sei, wodurch bei zwei-

maligem Umgang im Monat relativ hohe Fahrtkosten anfielen. Hinzu komme, daß der Beklagte die elterliche Sorge gemeinsam mit der Klägerin ausübe und deshalb besonders bemüht sein müsse, den Kontakt zum Kind aufrechtzuerhalten. Der Beklagte sei allerdings auf die Benutzung kostengünstigerer öffentlicher Verkehrsmittel zu verweisen, wofür nach der Schätzung des Gerichts monatlich insgesamt ca. 200 DM anfielen.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts, daß eine Berücksichtigung von Umgangskosten zu Lasten des unterhaltsberechtigten Ehegatten auf eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt bleiben muß. Grundsätzlich hat der Umgangsberechtigte die üblichen Kosten, die ihm bei der Ausübung des Umgangsrechtes entstehen, wie Fahrt-, Übernachtungs-, Verpflegungskosten und ähnliches, selbst zu tragen und kann sie weder unmittelbar im Wege einer Erstattung noch mittelbar im Wege einer Einkommensminderung geltend machen. Das gilt grundsätzlich sowohl gegenüber dem unterhaltsberechtigten Kind als auch gegenüber dem unterhaltsberechtigten Ehegatten (vgl. OLG Bamberg FamRZ 1987, 1295; OLG Frankfurt 3. Familiensenat FamRZ 1987, 1033; OLG Karlsruhe FamRZ 1992, 58 f; Johannsen/Henrich/Jaeger Ehe-recht 2. Aufl. § 1634 Rdn. 31; Rolland/Nehlsen - von Stryk FamK § 1634 Rdn. 23; Soergel/Strätz BGB 12. Aufl. § 1634 Rdn. 30; Staudinger/Peschel-Gutzeit BGB § 1634 Rdn. 325; Kalthoener/Büttner Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 5. Aufl. Rdn. 386, 994; ähnlich auch Göppinger/Strohal Unterhaltsrecht 6. Aufl. Rdn. 271, 675; abweichend für den

Ehegattenunterhalt OLG Frankfurt 1. Familiensenat FamRZ 1984, 178 und 1991, 78; ihm folgend MünchKomm/Hinz BGB 3. Aufl. § 1634 Rdn. 34; Palandt/Diederichsen BGB 53. Aufl. § 1634 Rdn. 41 und Heiß/Heiß Unterhaltsrecht I 3.161; vgl. aber auch Heiß/Deisenhofer aaO 12.28). Denn die Wahrnehmung des persönlichen Kontaktes mit seinem Kind ist unmittelbar Ausfluß seiner elterlichen Verantwortung gemäß §§ 1618a, 1626, 1631 BGB und seines höchstpersönlichen Rechtes aus § 1634 BGB. Die dabei anfallenden Belastungen sind Kosten, die er im eigenen und im Interesse des Kindes grundsätzlich selbst aufzubringen hat. Zur Entlastung dienen ihm dabei staatliche Vergünstigungen wie das Kindergeld, das ihm im Verhältnis zum anderen sorgeberechtigten Elternteil hälftig zusteht. (Bis einschließlich 1989 gab es ferner noch den vom zu versteuernden Einkommen absetzbaren sogenannten Besucherfreibetrag gemäß § 33a Abs. 1a EStG a.F.; vgl. OLG Frankfurt 3. Familiensenat aaO S. 1034; Staudinger/Peschel-Gutzeit aaO Rdn. 327; Schmidt/Glanegger EStG 8. Aufl. 1989 § 33a Anm. 3). Die einkommensmindernde Berücksichtigung der Umgangskosten beim Unterhaltsverpflichteten würde demgegenüber zu einer teilweisen Verlagerung dieser Lasten auf den unterhaltsberechtigten Sorgerechtsinhaber führen, die mit dem Gesetz grundsätzlich nicht in Einklang steht. Sie würde letztlich möglicherweise auch die Lebenshaltung des Kindes beeinträchtigen, das mit dem sorgeberechtigten Elternteil in einem Haushalt lebt und vielfach tatsächlich an dessen Unterhalt teilnimmt. Eine Abweichung von diesen Grundsätzen hat sich daher in engen Grenzen zu halten und ist nur aus Billigkeitsgründen unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles zu rechtfertigen.

Die vom Oberlandesgericht herangezogenen Gesichtspunkte reichen hierfür nicht aus. Der Umstand, daß die Klägerin mit dem Kind vom ehemaligen Ehe Wohnsitz in einen 160 km entfernten Ort verzogen ist, wo sie eine neue Lebensgemeinschaft begründet hat, berechtigt den Beklagten noch nicht zu einer Unterhaltskürzung. Grundsätzlich kann ein sorgeberechtigter Ehegatte seinen künftigen Wohnort und Lebenskreis selbst bestimmen und ist nicht gehalten, am ehemaligen Familienwohnsitz oder in dessen unmittelbarer Nähe zu bleiben, um dem anderen Ehegatten die Besuchskontakte mit den Kindern möglichst zu erleichtern. Erst wenn er in einer solchen Entfernung wohnt, daß angesichts ohnehin beengter wirtschaftlicher Verhältnisse die Kostenbelastung für den Umgangsberechtigten schlechthin unzumutbar ist und dazu führt, daß dieser sein Umgangsrecht nicht oder nur noch in erheblich eingeschränktem Umfang ausüben könnte, greifen Billigkeitserwägungen ein. In einem solchen Fall kann es dem unterhaltsberechtigten Ehegatten zuzumuten sein, sich in seiner eigenen Lebensführung einzuschränken, um dem unterhaltsverpflichteten Ehegatten zumindest die Mittel zu belassen, die zur Ausübung eines den wirtschaftlichen Verhältnissen angepaßten Umgangsrechts nötig sind. Dies entspricht auch der elterlichen Verantwortung des sorgeberechtigten Ehegatten gegenüber dem Kind, dem der Kontakt mit dem anderen Elternteil erhalten bleiben muß.

Bei der dabei gebotenen Abwägung der wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse der Parteien ist indes auf eine ausgewogene Lastenverteilung zu achten. Die Opfergrenze für den sorgeberechtigten Ehegatten wird dort überschritten, wo er - wie es hier der Fall ist - weniger als das Existenzminimum erhält, während der unterhaltsver-

pflichtete Ehegatte nach Vorwegabzug berufsbedingter Aufwendungen, berücksichtigungsfähiger Schuldentilgung für einen Pkw und weiterer Verpflichtungen über einen Selbstbehalt von monatlich 1.100 DM bzw. 1.300 DM verfügt. In diesem Falle muß es bei der Grundregel bleiben, daß der Unterhaltsverpflichtete die ihm entstehenden Umgangskosten trägt, ohne sie unterhaltsmindernd geltend machen zu können. Das ist hier um so mehr geboten, als die Entfernung vom Wohnort des Kindes nur 160 km beträgt und die Kosten einer Rückfahrkarte nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts bei nur 88 DM liegen, und sich dieser Betrag bei Inanspruchnahme von vergünstigten Angeboten der Bahn noch verringern läßt.

Das Oberlandesgericht hat die Abweichung von dieser Grundregel ferner damit begründet, daß der Beklagte die elterliche Sorge gemeinsam mit der Klägerin ausübt und deshalb um besonderen Kontakt zum Kind bemüht sein müsse. Auch diese Erwägung rechtfertigt keine Unterhaltskürzung. Derjenige Elternteil, der nach Scheidung zwar Mitinhaber der elterlichen Sorge bleibt, aber nicht die tatsächliche Obhut über das Kind ausübt, steht nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht einem umgangsberechtigten Elternteil gleich. Das ergibt sich aus § 1634 Abs. 4 BGB. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen er dem betreuenden Ehegatten seine Umgangskosten entgegenhalten darf, beantwortet sich daher nach den gleichen Maßstäben wie oben dargestellt, ohne daß er aus seiner gemeinsamen elterlichen Sorge eine Privilegierung ableiten könnte.

2. Der Unterhalt der Klägerin ist daher ohne die Berücksichtigung der 200 DM Fahrtkosten zu bemessen. Grundla-

gen sind die vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen zum jeweiligen Nettogehalt des Beklagten und zu den übrigen aner kennungsfähigen Belastungen von insgesamt (gerundet) 794 DM monatlich für Gewerkschaftsbeiträge, Arbeitskleidung, berufsbedingte Fahrtkosten, Rentenzusatzversicherung, Unfall- und Lebensversicherung sowie Pkw-Darlehen. Über den Vorwegabzug des vom Beklagten gezahlten Kindesunterhalts, bereinigt um das jeweilige hälftige Kindergeld, sind sich die Parteien einig. Danach ergeben sich folgende Unterhaltsbeträge (jeweils gerundet):

Dezember 1991:

Nettogehalt	3.181 DM
(jeweils gerundet)	
abzüglich Belastungen	794 DM
abzüglich Kindesunterhalt	<u>375 DM</u>
	2.012 DM x 3/7 = rund 862 DM
	Unterhaltsbedarf

Da die Klägerin den Beklagten erst später in Verzug gesetzt hat, ist der Unterhalt anteilig auf rund 723 DM zu kürzen. Der Selbstbehalt des Beklagten von 1.100 DM ist gewahrt.

Januar bis einschließlich Juni 1992:

Nettogehalt	2.857 DM
abzüglich Belastungen	794 DM
abzüglich Kindesunterhalt	<u>365 DM</u> (bei erhöhtem Kindergeld)
	1.698 DM x 3/7 = rund 728 DM
	Unterhaltsbedarf

Bei einem Selbstbehalt von 1.100 DM verbleiben für die Klägerin jedoch nur 598 DM. Eine Auskehrung des hälftigen Kindergeldanteils des Beklagten an die Klägerin kommt nicht in Betracht, da das Kindergeld den Beklagten - wie dargelegt - bei den Umgangskosten entlasten soll.

Juli bis einschließlich September 1992:

Wegen des auf 1.300 DM erhöhten Selbstbehalts ergibt sich bei ansonsten gleichbleibenden Verhältnissen ein Unterhaltsanspruch von 398 DM.

Oktober 1992 bis einschließlich März 1993:

Ab Oktober 1992 zahlt der Beklagte 410 DM Kindesunterhalt, was bereinigt um das hälftige Kindergeld 375 DM entspricht.

Nettogehalt	2.857 DM
abzüglich Belastungen	794 DM
abzüglich Kindesunterhalt	<u>375 DM</u>
	1.688 DM x 3/7 = rund 723 DM
	Unterhaltsbedarf

Bei einem Selbstbehalt von 1.300 DM ergibt sich ein Unterhaltsanspruch von 388 DM. Hierauf hat der Beklagte unstreitig 202 DM vom 1. Oktober 1992 bis 30. April 1993 bezahlt, so daß die Klägerin noch 186 DM monatlich zu beanspruchen hat.

Ab April 1993 bis zur Scheidung im Mai 1993 bezog der Beklagte nur noch Arbeitslosengeld in Höhe von 1.497 DM,

weshalb ein Unterhaltsanspruch der Klägerin nicht mehr gegeben ist.

Bei der Kostenentscheidung war zu berücksichtigen, daß die Klägerin sowohl in der Berufung als auch in der Revision ihre Anträge teilweise zurückgenommen hat.

Blumenröhr

Zysk

Nonnenkamp

Hahne

Sprick