# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XII ZR 51/08

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

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1581, 1603

Gegenüber dem Ehegattenunterhalt muss dem Unterhaltspflichtigen 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 (im Anschluss an das Senatsurteil BGHZ 166, 351, 356 ff. = FamRZ 2006, 683, 684). Das gilt auch gegenüber dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt.

BGH, Urteil vom 19. November 2008 - XII ZR 51/08 - 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 18. Familiensenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16. November 2007 unter Zurückweisung der weitergehenden Revision teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Freiburg vom 25. Mai 2007 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin

1. rückständigen nachehelichen Unterhalt für die Zeit vom 15. August 2006 bis zum 28. Februar 2007 in Höhe von insgesamt 585 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 30. März 2007,

2. laufenden nachehelichen Unterhalt für die Zeit von März bis Dezember 2007 in Höhe von monatlich 90 €, zahlbar monatlich im Voraus bis zum 3. eines jeden Monats,

zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens in erster Instanz haben die Klägerin 1/8 und der Beklagte 7/8 zu tragen. Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens haben die Klägerin zu 1/10 und der Beklagte zu 9/10 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt für die Zeit ab dem 15. August 2006.

2 Die Ehe der Parteien wurde durch rechtskräftiges Urteil vom 15. August 2006 geschieden. Die am 28. Juni 2005 geborene gemeinsame Tochter Ha Hella lebt bei der Klägerin. Der Beklagte, der während der Ehezeit vollzeitbeschäftigt war, bezog in der Zeit vom 19. Januar 2006 bis zum 7. September 2006 Krankengeld in Höhe von insgesamt 8.608,90 €. Für die Folgezeit wurde ihm das Krankengeld versagt, weil er eine Wiedereingliederung in das Erwerbsleben unentschuldigt nicht begonnen hatte. Nach Kündigung seines Arbeitsverhältnisses war der Beklagte seit dem 16. November 2006 arbeitslos. Seit dem 14. Dezember 2006 bezieht er Arbeitslosengeld I in Höhe von 31,09 € täglich und seit Januar 2007 zusätzlich Wohngeld in Höhe von 35 € monatlich. Für das gemeinsame Kind ist ein Unterhaltsanspruch in Höhe von 100 % der früheren Regelbetragverordnung tituliert.

3 Die Klägerin bezieht seit Juli 2005 Arbeitslosengeld II. Mit Vereinbarung vom 22. Januar 2007 zwischen dem Leistungsträger und der Klägerin wurden

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

die übergegangenen Unterhaltsansprüche wieder auf die Klägerin zurück übertragen.

4 Das Amtsgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin einen Unterhaltsrückstand in Höhe von (90 € x 6,5 Monate =) 585 € sowie für die Zeit ab März 2007 den beantragten nachehelichen Unterhalt in Höhe von 90 € monatlich zu zahlen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision des Beklagten, mit der er weiterhin vollständige Klagabweisung begehrte.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist lediglich hinsichtlich des Unterhaltsanspruchs ab Januar 2008 begründet und führt insoweit zur Abweisung der Klage.

I.

6 Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, weil er jedenfalls in Höhe des beantragten monatlichen Unterhalts von 90 € leistungsfähig sei. Die tatsächlichen Feststellungen des Amtsgerichts, wonach der Beklagte bis zum 7. September 2006 monatliches Krankengeld von durchschnittlich 1.113 € erzielt habe und für die Folgezeit so zu behandeln sei, als ob er dieses Einkommen weiter erziele, weil er sich nicht ausreichend um die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit bemüht habe, seien "sämtlich unstreitig". Streit bestehe "ausschließlich hinsichtlich der (Rechts-)Frage, wie hoch der Selbstbehalt des Beklagten zu bemessen ist und ob dieser trotz der Inan-

spruchnahme von Kranken- oder Arbeitslosengeld den Selbstbehalt eines Erwerbstätigen für sich beanspruchen darf".

7 Von diesem fiktiven Einkommen seien für die Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Beklagten der titulierte Unterhalt für die gemeinsame Tochter in Höhe von monatlich 204 € und der notwendige Selbstbehalt eines nicht Erwerbstätigen in Höhe von monatlich 770 € abzusetzen. Bei dem erhöhten Selbstbehalt eines Erwerbstätigen handele es sich um einen Arbeitsanreiz sowie eine "Belohnung" für dessen Erwerbstätigkeit. Diesen auch beim Bezug von Krankengeld oder sonstigen Leistungen mit Lohnersatzfunktion zu gewähren, bestehe keine Veranlassung, da der Empfänger der genannten Leistungen gerade nicht erwerbstätig sei. Dabei werde auch nicht übersehen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Selbstbehalt eines unterhaltspflichtigen Ehegatten in der Regel mit einem Betrag zwischen dem angemessenen und dem notwendigen Selbstbehalt festzulegen sei. Nach dieser Rechtsprechung sei es auch nicht zu beanstanden, wenn der Tatrichter für diesen Ehegattenselbstbehalt im Regelfall von einem etwa in der Mitte zwischen dem notwendigen (§ 1603 Abs. 2 BGB), und dem angemessenen (§ 1603 Abs. 1 BGB) Selbstbehalt liegenden Betrag ausgehe. Diese Ausführungen ließen aber den Schluss zu, dass im Einzelfall von diesem Mittelbetrag nach unten oder oben abgewichen werden könne, wenn dies aus Billigkeitsgründen geboten sei. Insbesondere wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte selbst ähnlich hilflos und bedürftig sei, wie ein minderjähriges Kind, sei dem Unterhaltsschuldner bei der Billigkeitsabwägung gemäß § 1581 BGB eine Unterhaltsverpflichtung bis zur Grenze des eigenen notwendigen Selbstbehalts aufzuerlegen. Wegen der gesteigerten Schutzbedürftigkeit des kinderbetreuenden Elternteils müsse sich der unterhaltspflichtige Ehegatte auch diesem gegenüber mit einem geringeren Selbstbehalt begnügen. Denn auch der ein gemeinsames Kind betreuende

Ehegatte sei ähnlich hilflos und bedürftig wie ein minderjähriges Kind und könne einer Erwerbstätigkeit deshalb nicht nachgehen.

8 Das Oberlandesgericht hat die Revision zugelassen, weil "die Frage der Höhe des Selbstbehalts in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte bisher nicht geklärt" sei und auch die "zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs insoweit keine klare Aussage" enthalte.

II.

9 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten in wesentlichen Punkten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10 1. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts hat der Beklagte für die Zeit bis zum 7. September 2006 Krankengeld in Höhe von durchschnittlich 1.113 € monatlich erhalten. Weil er Beklagte nichts unternommen hat, um seine Arbeitsfähigkeit wieder herzustellen, bestehen aus revisionsrechtlicher Sicht keine Bedenken dagegen, ihn für die Zeit ab dem 8. September 2006 fiktiv so zu behandeln, als ob er dem Arbeitsmarkt wieder zur Verfügung stünde (vgl. Senatsurteil vom 8. Juli 1981 - IVb ZR 593/80 - FamRZ 1981, 1042, 1045; vgl. auch Wendl/Dose aaO § 1 Rdn. 517). Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen der Instanzgerichte könnte der Beklagte ein monatliches Einkommen erzielen, das sein früheres monatliches Krankengeld in Höhe von 1.113 € erreicht. Dieser Betrag übersteigt jedenfalls die Summe der gegenwärtig vom Beklagten bezogenen Einkünfte aus Arbeitslosengeld I, das monatlich (31,09 € x 30 =) gerundet 933 € beträgt, und aus dem Wohngeld in Höhe von 35 € monatlich (vgl. insoweit Senatsurteil vom 19. Februar 2003 - XII ZR 67/00 - FamRZ 2003, 860, 862).

11 2. Aus seinem geringen unterhaltsrelevanten Einkommen von monatlich 1.113 € ist der Beklagte erkennbar nicht in vollem Umfang für die Unterhaltsansprüche des gemeinsamen Kindes und der Klägerin leistungsfähig.

12 a) Die Unterhaltsansprüche der Klägerin und des gemeinsamen minderjährigen Kindes stehen für die Zeit bis Ende 2007 nach § 1609 Abs. 2 BGB a.F., der nach § 36 Nr. 7 EGZPO für die vor dem 1. Januar 2008 fälligen Unterhaltsleistungen fort gilt, im gleichen Rang. Entgegen der Rechtsauffassung der Instanzgerichte war der Kindesunterhalt deswegen im Rahmen der Leistungsfähigkeit für diese Ansprüche nicht vorab abzusetzen. Stattdessen waren diese Unterhaltsansprüche der Klägerin im Wege einer Mangelfallberechnung zu ermitteln (vgl. Senatsurteil vom 19. November 2008 - XII ZR 129/06 - zur Veröffentlichung bestimmt [zum Trennungsunterhalt]).

13 aa) Im Rahmen der Mangelfallberechnung ergibt sich für die hier relevante Zeit des Bezugs von Krankengeld, also für die Zeit vom 15. August bis zum 7. September 2006, jedenfalls ein monatlicher Unterhaltsanspruch von 90 €.

14 Selbst wenn für diese Zeit - entgegen der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts - nicht lediglich der notwendige Selbstbehalt eines nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen, sondern entsprechend der Rechtsprechung des Senats ein Selbstbehalt berücksichtigt würde, der mit 935 € monatlich zwischen dem notwendigen Selbstbehalt eines nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen von 770 € (§ 1603 Abs. 2 BGB) und dem angemessenen Selbstbehalt (§ 1603 Abs. 1 BGB) liegt (zum Ehegattenselbstbehalt vgl. Senatsurteile vom 19. November 2008 - XII ZR 129/06 - zur Veröffentlichung bestimmt und BGHZ 166, 351, 356 ff. = FamRZ 2006, 683, 684), verbliebe gleichwohl eine Verteilungsmasse für die ursprünglich noch gleichrangigen Unterhaltsansprüche in Höhe von (1.113 € - 935 € =) 178 €. Auch wenn dieser verfügbare Anteil

des Einkommens nach der Rechtsprechung des Senats zum früheren Recht (Senatsurteil vom 22. Januar 2003 - XII ZR 2/00 - FamRZ 2003, 363, 365 f.) im Verhältnis der Einsatzbeträge auf das minderjährige Kind und die Klägerin als geschiedene Ehefrau aufgeteilt wird, bleibt für diese Zeit eine Leistungsfähigkeit des Beklagten jedenfalls in Höhe des von der Klägerin beantragten monatlichen Unterhalts von 90 €.

15 bb) Nichts anderes ergibt sich für die Zeit vom 8. September 2006 bis zum 31. Dezember 2007, für die das Oberlandesgericht dem Beklagten ein fiktives Einkommen in Höhe des früher bezogenen Krankengeldes zugerechnet hat und auf die nach § 36 Nr. 7 EGZPO noch das frühere Unterhaltsrecht anwendbar ist.

16 Dabei kann dahinstehen, ob das fiktiv zurechenbare Einkommen auf das zuvor bezogene Krankengeld begrenzt werden musste. Der Beklagte ist wegen seiner unzureichenden Arbeitsbemühungen bei gleichzeitig gegebener Erwerbsfähigkeit nicht etwa als weiterhin (fiktiv) krank, sondern als fiktiv erwerbstätig zu behandeln, und das frühere Krankengeld errechnete sich nach § 47 SGB V aus 70 % des Regelentgelts. Aber selbst auf der Grundlage dieses geringen fiktiven Einkommens schuldete der Beklagte der Klägerin für diese Zeit Unterhalt in Höhe von jedenfalls 90 € monatlich.

17 Zwar handelt es sich bei dem für diese Zeit zu berücksichtigenden Einkommen um ein fiktives Einkommen aus Erwerbstätigkeit, sodass im Grundsatz die Maßstäbe der Unterhaltspflicht eines Erwerbstätigen gelten. Weil das Oberlandesgericht die Höhe des erzielbaren Entgelts aber an dem früher bezogenen Krankengeld orientiert hat und auch sonst keine Anhaltspunkte für berufsbedingte Aufwendungen vorliegen, ist ein Abzug solcher pauschalierter Kosten nicht geboten.

18 Der Selbstbehalt des Beklagten muss sich wegen des fiktiven Ansatzes eines erzielbaren Erwerbseinkommens zwar ebenfalls an den Grundsätzen orientieren, die für einen Erwerbstätigen entwickelt worden sind. Nach der zitierten Rechtsprechung des Senats muss der Selbstbehalt gegenüber einem Anspruch auf Ehegattenunterhalt aber nicht zwingend mit einem Betrag bemessen werden, der genau hälftig zwischen dem notwendigen (beim erwerbstätigen Unterhaltsschuldner gegenwärtig 900 €) und dem angemessenen (gegenwärtig 1.100 €) Selbstbehalt liegt. Im Hinblick auf die Höhe des am früheren Krankengeld orientierten fiktiven Einkommens kann der Senat ausschließen, dass die Instanzgerichte dem Beklagten einen Ehegattenselbstbehalt zugemessen hätten, der die Mitte zwischen dem notwendigen und dem angemessenen Selbstbehalt erreicht. Selbst wenn ihm ein Selbstbehalt von monatlich 990 € belassen würde, wäre der Beklagte auch unter Berücksichtigung der für diese Zeit noch gleichrangigen Ansprüche auf Kindesunterhalt in der Lage, der Klägerin Unterhalt in der zugesprochenen Höhe von monatlich 90 € zu zahlen ([1.113 € - 990 € =] 123 € x 770 € : [770 € + 276 € =] 1046 € = 90,54 €).

19 b) Für die Zeit ab Januar 2008 sieht die durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3189) geänderte Vorschrift des § 1609 BGB einen Vorrang des Unterhaltsanspruchs eines minderjährigen Kindes vor. Erst für diese Zeit ist deswegen der geschuldete Kindesunterhalt, der in Höhe von 100 % der Regelbetragverordnung, zuletzt also in Höhe eines Zahlbetrags von monatlich 202 € (vgl. FamRZ 2007, 1367) tituliert war und nach § 36 Nr. 3 EGZPO in dieser Höhe fort gilt, auch im Rahmen der Leistungsfähigkeit vom unterhaltsrelevanten Einkommen des Beklagten abzusetzen.

20 Außerdem muss dem Unterhaltspflichtigen nach ständiger Rechtsprechung des Senats ein Selbstbehalt verbleiben, der den eigenen notwendigen Bedarf abdeckt und sich zusätzlich nach der konkreten Unterhaltspflicht be-

misst. 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. Zusätzlich sind bei der Bemessung eines Selbstbehalts, die nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters ist, die gesetzlichen Vorgaben zu beachten, die sich insbesondere aus dem Wesen der Unterhaltspflicht und der Rangfolge des Anspruchs im Verhältnis zu anderen Unterhaltsberechtigten ergeben. Der Senat hat deswegen bereits ausgeführt, dass er es nicht für vertretbar hält, einem unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten regelmäßig nur den notwendigen Selbstbehalt zu belassen. Eine darin zum Ausdruck kommende Gleichbehandlung des Unterhaltsanspruchs von Ehegatten mit demjenigen 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 auch der Gesetzgeber 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. insoweit § 1609 Nr. 2 BGB), vorrangig ausgestaltet hat. Gegenüber dem

Anspruch der Klägerin auf nachehelichen Unterhalt muss dem Beklagten deswegen ein Selbstbehalt verbleiben, der den notwendigen Selbstbehalt gegenüber dem Unterhaltsanspruch des gemeinsamen minderjährigen Kindes nicht unerheblich übersteigt.

21 3. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden. Für die Unterhaltsansprüche der Klägerin bis Ende 2007 bleibt es bei der angefochtenen Entscheidung, weil der Beklagte auch unter Berücksichtigung eines der Rechtsprechung des Senats entsprechenden Ehegattenselbstbehalts jedenfalls in Höhe des zugesprochenen Betrages leistungsfähig ist. Für die Unterhaltsansprüche ab Januar 2008 ist der Kindesunterhalt wegen des Vorrangs nach § 1609 Nr. 1 BGB auch im Rahmen der Leistungsfähigkeit vorab abzuziehen, so dass es auf die Höhe des ebenfalls zu berücksichtigenden Selbstbehalts ankommt, dessen Bemessung grundsätzlich Sache des Tatrichters ist. Werden von den monatlichen Einkünften des Beklagten in Höhe von 1.113 € wegen des Vorrangs des Kindesunterhalts aber die Unterhaltsansprüche der gemeinsamen Tochter in Höhe von monatlich 202 € abgesetzt, verbleibt lediglich ein verfügbares Einkommen in Höhe von 911 € monatlich. Dieser Betrag übersteigt auch unter Berücksichtigung der geringen fiktiven Einkünfte nicht den Selbstbehalt gegenüber einem Anspruch auf nachehelichen Unterhalt, den das Berufungsgericht in seinen eigenen Leitlinien (Ziffer 21.4; FamRZ 2008, 231, 233) für den Regelfall mit 1.000 € angibt. Umstände, die hier eine Absenkung des Ehegattenselbstbehalts auf einen Betrag unterhalb des verfügbaren Einkommens von 911 € gebieten könnten, hat das Oberlandesgericht weder festgestellt noch sind diese sonst ersichtlich.

22 Auf der Grundlage des vom Oberlandesgericht festgestellten und zwischen den Parteien unstreitigen anrechenbaren Einkommens des Beklagten sowie der vorrangigen Unterhaltspflicht für die gemeinsame Tochter sowie des

dem Beklagten zu belassenden Ehegattenselbstbehalts ist er für die Zeit ab Januar 2008 mithin nicht mehr zu Unterhaltsleistungen an die Klägerin in der Lage.

Hahne Weber-Monecke Wagenitz

Dose Klinkhammer

Vorinstanzen:
AG Freiburg, Entscheidung vom 25.05.2007 - 45 F 62/07 -
OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 16.11.2007 - 18 UF 74/07 -