

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 69/90

Verkündet am:
7. Mai 1991
Adomeit
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Werner S [REDACTED], B [REDACTED] weg [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

Karin Anne S [REDACTED] geb. T [REDACTED], H [REDACTED] straße [REDACTED],
G [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und von [REDACTED] - [REDACTED] -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1991 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn, Dr. Zysk und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Urteil des 8. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. März 1990 teilweise aufgehoben und das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Gelsenkirchen-Buer vom 5. September 1989 teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin

a) für die Zeit vom 1. Dezember 1988 bis zum 31. Januar 1989 einen Unterhaltsrückstand von 1.784,38 DM und

b) für die Zeit ab 1. Februar 1989 einen monatlichen Unterhalt von 571,96 DM über freiwillig gezahlte 330,41 DM hinaus zuzüglich eines monatlichen Krankenkassenbeitrags von 149,95 DM bis zum 31. Dezember 1989 und von 159,84 DM ab 1. Januar 1990 zu zahlen.

Im übrigen werden die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen.

9

- 3 -

Von den Kosten der ersten Instanz trägt die Klägerin 45%, der Beklagte 55%; von den Kosten der Berufungsinstanz trägt die Klägerin 25%, der Beklagte 75%; die Kosten der Revisionsinstanz trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

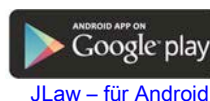
Tatbestand:

Die Parteien waren seit dem 25. März 1964 miteinander verheiratet und sind seit dem 31. Mai 1985 geschieden. Aus ihrer Ehe stammen mehrere Kinder; das jüngste, eine am 30. August 1976 geborene Tochter, wird noch von der Klägerin betreut. Die im Jahre 1947 geborene Klägerin ist nicht erwerbstätig. Der wiederverheiratete Beklagte zahlt ihr außer dem Barunterhalt für die Tochter seit Dezember 1988 freiwillig einen monatlichen Unterhalt von 330,41 DM. Die Klägerin begehrt höheren Unterhalt.

Das Amtsgericht - Familiengericht - hat der Klägerin für die Monate Dezember 1988 bis August 1989 insgesamt 7.665,39 DM und für die Zeit ab 1. September 1989 monatlich 882,18 DM über den freiwillig gezahlten Unterhalt hinaus zugesprochen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht der Klägerin als Rückstand für die Monate Dezember 1988 und Januar 1989 die erstinstanzlich beantragten 1.784,38 DM und für die Zeit ab 1. Februar 1989 monatlich



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



777,16 DM über freiwillig gezahlte 330,41 DM zuzüglich eines monatlichen Krankenkassenbeitrags von 149,85 DM bis zum 31. Dezember 1989 und von 159,84 DM ab 1. Januar 1990 zuerkannt.

Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, soweit er für die Zeit ab 1. Februar 1989 zu höheren monatlichen Unterhaltszahlungen als 571,96 DM über den freiwillig gezahlten Betrag hinaus zuzüglich der Krankenkassenbeiträge verurteilt worden ist. Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsurteil kann schon deshalb nicht in vollem Umfang bestehenbleiben, weil das Oberlandesgericht gegen § 308 Abs. 1 ZPO verstoßen hat. Denn es hat die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von laufendem Unterhalt auf dessen Berufung ab 1. September 1989 von monatlich 882,18 DM auf monatlich $(777,16 + 149,85 =) 927,01$ DM und ab 1. Januar 1990 auf monatlich $(777,16 + 159,84 =) 937$ DM erhöht. Dieser Fehler ist auch ohne Rüge der Revision von Amts wegen zu beachten (BGH, Urteil vom 19. Januar 1990 - V ZR 215/88 - BGHR ZPO § 308 Abs. 1 - Amtsprüfung 1 m.w.N.). Er ist nicht dadurch geheilt worden, daß die Klägerin lediglich die Zurückweisung der Revision beantragt;

denn eine Klageerweiterung oder Anschlußberufung, die darin allenfalls erblickt werden könnte, ist in der Revisionsinstanz nicht mehr zulässig (BGH aaO).

2. Darüber hinaus führt die Prüfung des Berufungsurteils für die Zeit ab 1. Februar 1989 zu monatlichen Unterhaltsbeträgen, die dem Begehren des Beklagten in vollem Umfang entsprechen.

a) Zutreffend und von der Revision auch nicht angefochten hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Klägerin Unterhalt gemäß § 1570 BGB beanspruchen kann. Dabei darf offenbleiben, ob nach den Grundsätzen der Senatsentscheidung vom 13. Dezember 1989 (IVb ZR 79/89 - FamRZ 1990, 492) daneben ein Anspruch gemäß § 1573 Abs. 2 BGB in Betracht kommt. Denn es besteht kein Anlaß für die Annahme, daß die Klägerin aus einer ihr ohne die Kindesbetreuung zumutbaren Vollerwerbstätigkeit nicht genügend Einkünfte erzielen könnte, um ihren vollen, nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Unterhalt zu decken.

b) Bei der Berechnung des Unterhaltsbedarfs der Klägerin ist das Berufungsgericht vom Bruttoverdienst des Beklagten ausgegangen, dessen Einkünfte allein die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien geprägt haben. Die zur Ermittlung des Einsatzeinkommens sodann vorgenommenen Rechenschritte stoßen nur in einem Punkt auf Bedenken. Die Revision rügt zu Recht, daß der für Fahrtkosten abgesetzte Betrag von nur 0,10 DM pro Kilometer der Lebenserfahrung widerspricht. Das Berufungsgericht hat sich insoweit zur Begründung (nur) auf seine ständige Rechtsprechung gestützt.

Der Beklagte hatte indessen geltend gemacht (Berufungsbeurteilung vom 27. November 1989, S. 4), daß die anderen Senate des Oberlandesgerichts Hamm einen Kilometersatz von 0,40 DM zugrunde legen. Dieser Ansatz kommt den tatsächlichen Kosten erheblich näher, die dem Beklagten für die arbeitstäglichen Fahrten mit dem eigenen Pkw zwischen Wohnung und Arbeitsstelle entstehen und deren Abzugsfähigkeit das Berufungsgericht dem Grunde nach anerkannt hat. Wegen dieses verhältnismäßig geringfügigen Differenzbetrages bedarf es jedoch keiner Zurückverweisung des Rechtsstreits, denn der Senat hält einen geringeren als den von der Revision in Anspruch genommenen Betrag von 0,36 DM/km für nicht vertretbar. Demgemäß sind für Fahrtkosten statt 42,17 DM jedenfalls 151,80 DM abzusetzen, so daß sich nach Abzug des Kindesunterhalts ein Einsatzeinkommen von 3.005,51 DM ergibt.

c) Das Berufungsgericht hat den Bedarf der Klägerin durch strikte Halbteilung des Einsatzeinkommens ermittelt. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Der Senat hat sich mit den von seiner ständigen Rechtsprechung abweichenden Auffassungen, auch des Berufungsgerichtes, inzwischen mehrfach auseinandergesetzt und daran festgehalten, daß bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) dem erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen ein die Hälfte des verteilungsfähigen Einkommens maßvoll übersteigender Betrag verbleiben muß (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 26. September 1990 - XII ZR 45/89 - FamRZ 1991, 304, 305 m.w.N.). Die insoweit maßgeblichen Gesichtspunkte - Anreiz zur weiteren Ausübung einer Erwerbstätigkeit und Abgeltung eines mit der

Berufstätigkeit typischerweise verbundenen, nicht durch bezifferbare Kosten nachweisbaren Aufwandes - gelten auch hier.

Die gleichen Erwägungen gelten auf seiten des unterhaltsberechtigten Ehegatten für die Beurteilung, inwieweit sein Unterhaltsbedarf gedeckt ist. Wenn diesem wie hier ein erzielbares Eigeneinkommen aus zumutbarer Erwerbstätigkeit angerechnet wird, muß daher auch von diesem Einkommen ein entsprechender Teil anrechnungsfrei belassen werden.

d) Die Festsetzung der Bedarfsquote des Unterhaltsberechtigten obliegt grundsätzlich dem Tatrichter. Gleichwohl kann der Senat hier abschließend entscheiden. Eine neue Berufungsverhandlung kann dadurch vermieden werden, daß auf die ständige Praxis zurückgegriffen wird, wie sie sich in den "Leitlinien zum Unterhaltsrecht der Familiensenate des Oberlandesgerichts Hamm" niedergeschlagen hat; diese sind zuletzt nach dem Stand vom Januar 1989 veröffentlicht worden (FamRZ 1988, 1017). Nach Nr. 27 dieser Leitlinien beläuft sich der Bedarf in der Regel auf 3/7 des anrechenbaren Einkommens. Nach dieser vom Senat gebilligten Quote (vgl. die Nachweise bei Lohmann, Neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Familienrecht, 6. Aufl., Rdn. 111) ergibt sich für die Zeit ab 1. Februar 1989 ein monatlicher Unterhaltsbedarf der Klägerin von (3/7 aus 3.005,51 =) 1.288,08 DM zuzüglich des trennungsbedingten Mehrbedarfs für Krankenkassenbeiträge. Dieser Bedarf wird teilweise durch das der Klägerin zugerechnete (fiktive) Einkommen aus Erwerbstätigkeit in Höhe von (6/7 aus 450 =) monatlich 385,71 DM sowie durch die monatlich freiwillig gezahlten

330,41 DM gedeckt. Der Beklagte hat demgemäß ab 1. Februar 1989 an die Klägerin monatlich weitere 571,96 DM zu zahlen, zuzüglich der monatlichen Krankenkassenbeiträge in Höhe von 149,85 DM bis zum 31. Dezember 1989 und von 159,84 DM ab 1. Januar 1990.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

Lohmann

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Nonnenkamp