BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 78/08

Verkündet am:
27. Mai 2009
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1578, 1578 b, 1612 b, 100

a) Im Rahmen der Bedarfsermittlung beim Ehegattenunterhalt gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nach der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Rechtslage auch ein vom Unterhaltspflichtigen geschuldeter Minderjährigenunterhalt nicht mehr mit dem sog. Tabellenbetrag, sondern mit dem sich nach Abzug des (hälftigen) Kindergelds gemäß § 1612 b Abs. 1 BGB ergebenden Zahlbetrag zu berücksichtigen. § 1612 b Abs. 1 BGB verstößt auch mit dieser Wirkung nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

b) Wenn einem Ehegatten zwei Wohnungen gehören, können seinem Einkommen entsprechende Wohnvorteile zugerechnet werden. Allerdings kommt eine Kürzung unter Angemessenheitsgesichtspunkten in Betracht.

c) Vom Eigentümer zu tragende verbrauchsunabhängige Kosten können grundsätzlich nur dann von seinem Wohnvorteil abgezogen werden, wenn es sich um nicht umlagefähige Kosten im Sinne von §§ 556 Abs. 1 BGB, 1, 2 BetrKV handelt (Aufgabe der Senatsrechtsprechung seit Senatsurteil vom 20. Oktober 1999 - XII ZR 297/97 - FamRZ 2000, 351).

d) Die Darlegungs- und Beweislast für ehebedingte Nachteile im Sinne von § 1578 b BGB ist im Hinblick auf die dem Unterhaltsberechtigten gegenwärtig fehlende Möglichkeit, eine seiner Ausbildung und früheren beruflichen Stellung entsprechende Tätigkeit zu erlangen, vorgreiflich nach § 1577 BGB zu beurteilen und obliegt dem Unterhaltsberechtigten. Gelangt das Familiengericht hier zu der Überzeugung, dass der Unterhaltsgläubiger kein adäquates Einkommen erzielen kann, erübrigt sich insoweit eine erneute Prüfung im Rahmen von § 1578 b BGB.

BGH, Urteil vom 27. Mai 2009 - XII ZR 78/08 - OLG Brandenburg
AG Strausberg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 2009 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Prof. Dr. Wagenitz, Dose und Dr. Klinkhammer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Antragstellers wird das Urteil des 2. Senats für Familiensachen des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 22. April 2008 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt.

2 Sie heirateten im Oktober 1987. Aus der Ehe stammen die beiden Töchter A. (geb. 1988) und S. (geb. 1990). Die Parteien trennten sich - spätestens - im Dezember 2005. Der Antragsteller ist ferner Vater des 2006 geborenen Sohnes F. Die Ehe der Parteien wurde durch das Verbundurteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Strausberg vom 13. November 2007 geschieden, in dem auch über den nachehelichen Unterhalt entschieden worden ist. Das Urteil ist zum Scheidungsausspruch rechtskräftig.

3 Der 1954 geborene Antragsteller ist Leiter einer Krankenhausapotheke in B. . Er ist (Allein-)Eigentümer einer Eigentumswohnung in B. und bewohnt weiterhin das im Miteigentum der Parteien stehende Einfamilienhaus in N. Die 1959 geborene Antragsgegnerin ist ausgebildete Diätassistentin. Sie ist seit 2004 selbständige Ernährungsberaterin und betreibt ein Einzelunternehmen unter der Bezeichnung "R. ". Außerdem erzielt sie Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung eines ihr als Miterbin gehörenden Hausgrundstücks.

4 Das Amtsgericht - Familiengericht - hat den Antragsteller im Scheidungsurteil zu einem nachehelichen (Elementar-) Unterhalt von 1.000 € und einem Altersvorsorgeunterhalt von 237 € verurteilt. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat das amtsgerichtliche Urteil geringfügig abgeändert und den Unterhalt ab April 2008 auf insgesamt 1.234 € (261 € Altersvorsorgeunterhalt und 973 € Elementarunterhalt) festgelegt.

5 Dagegen wendet sich der Antragsteller mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der er die Abweisung des Unterhaltsantrags und hilfsweise sein Begehren weiterverfolgt, den Unterhalt zu befristen und auf den angemessenen Lebensbedarf zu begrenzen.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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

I.

7 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in FamRZ 2008, 1952 (mit Anm. Ehinger FPR 2008, 393), veröffentlicht ist, hat der Antragsgegnerin nachehelichen Aufstockungsunterhalt aufgrund § 1573 Abs. 2 BGB zugesprochen. Von einer Befristung und Begrenzung des Unterhalts hat es abgesehen.

8 Das Berufungsgericht hat den Unterhalt ermittelt aufgrund des Einkommens des Antragstellers aus nichtselbständiger Tätigkeit sowie der ihm zugute kommenden Wohnvorteile aus dem gemeinsamen Haus wie auch der ihm gehörenden Eigentumswohnung. Vom Wohnwert des Hauses hat es die allein vom Antragsteller erbrachten Zins- und Tilgungsleistungen abgezogen, nicht jedoch die verbrauchsunabhängigen Nebenkosten Grundsteuer und Gebäudeversicherung, weil diese nach § 27 II. BV umlagefähig seien.

9 Auf Seiten der Antragsgegnerin ist das Berufungsgericht - neben geringen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung - statt des Einkommens aus selbständiger Tätigkeit von einem fiktiven Einkommen aus vollschichtiger nichtselbständiger Tätigkeit ausgegangen. Denn die Antragsgegnerin sei aufgrund ihrer gesteigerten Selbstverantwortung gehalten gewesen, die nur geringe Einkünfte einbringende selbständige Tätigkeit aufzugeben und sich um eine nichtselbständige Tätigkeit zu bemühen, welche sie ab Januar 2008 habe erlangen können.

10 Den Elementarunterhalt hat das Berufungsgericht berechnet, indem es den Kindesunterhalt für drei Kinder - mit dem jeweiligen Zahlbetrag - vom Einkommen des Antragstellers abgezogen hat. Eine Mithaftung der Antragsgegnerin für den Unterhalt der volljährigen Tochter A. entfalle, weil das Einkommen der Antragsgegnerin unterhalb des angemessenen Selbstbehalts liege. Auch aufgrund des der Antragsgegnerin zugesprochenen Ehegattenunterhalts erge-

be sich keine Mithaftung, weil die Antragsgegnerin bereits über den Abzug des vollen Unterhaltsbetrages vom Einkommen des Antragstellers indirekt am Kindesunterhalt beteiligt werde. Ausgehend von dem Elementarunterhalt hat das Berufungsgericht den Altersvorsorgeunterhalt unter Anwendung der Bremer Tabelle ermittelt.

11 Von einer Befristung und Beschränkung des Unterhalts hat das Berufungsgericht abgesehen. Bei der Antragsgegnerin seien berufliche Nachteile eingetreten und es lasse sich gegenwärtig nicht sicher absehen, ob und wann die Nachteile entfallen sein könnten. Die Antragsgegnerin habe vorgetragen, dass sie ihre bei Eheschließung ausgeübte Tätigkeit als Leiterin der Ernährungsberatung der Universitäts-Kinderklinik T. ohne die Kindererziehung nicht aufgegeben hätte und für den erzielbaren Lohn auf die Vergütung ihrer Nachfolgerin verwiesen, die diese Stelle bis heute besetze. Dieser Erklärung sei der Antragsteller nicht entgegengetreten. Entgegen seiner Auffassung könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin im Alter von nunmehr 48 Jahren wieder eine gehobene leitende Vollzeitstelle finden könne.

12 Die Parteien hätten in der ganz überwiegenden Zeit zwischen der Eheschließung und ihrer Trennung im Jahr 2005 eine sogenannte Alleinverdienerehe mit einer "klassischen Rollenverteilung" geführt. Insbesondere wegen der vierzehnjährigen vollständigen Berufspause könne kein Zweifel daran bestehen, dass ehebedingte Umstände zu dauernden beruflichen Nachteilen der Antragsgegnerin geführt hätten. Eine Berufspause wirke sich nach allgemeiner Lebenserfahrung in den für das berufliche Fortkommen entscheidenden Jahren - typischerweise zwischen dem 30. und 40. Lebensjahr - im Nachhinein regelmäßig negativ aus. Allenfalls bei ganz einfachen oder ungelernten Tätigkeiten werde die Wiederaufnahme der Tätigkeit zu den gewohnten (ursprünglichen) Bedingungen in Betracht kommen. Gerade wegen der höher qualifizierten Be-

rufsausbildung der Antragsgegnerin als Diätassistentin und ihrer bis März 1988 besetzten Stelle mit Leitungsfunktion sei davon auszugehen, dass die Hausfrauenrolle der Antragsgegnerin, die sich mindestens vierzehn, wenn nicht sogar sechzehn Jahre um ihre berufliche Entwicklung nicht habe kümmern und ihre Kenntnisse nicht auf dem neuesten Stand habe halten können, zu einem Nachteil für sie geführt habe. Die negativen Auswirkungen würden auch nicht durch in der Zwischenzeit belegte Kurse kompensiert. Entgegen der Auffassung des Antragstellers treffe die Antragsgegnerin keine erhöhte Darlegungslast hinsichtlich ehebedingter Nachteile, vielmehr streite bereits eine Vermutung dafür, dass sie einen nachhaltigen Nachteil erlitten habe. Die Antragsgegnerin habe vor zwanzig Jahren bereits deutlich mehr verdient, als sie heute realistisch erzielen könne.

13 Sonstige Billigkeitsgesichtspunkte, die für die Begrenzung des Unterhalts sprächen, habe der für den Ausnahmetatbestand darlegungs- und beweisbelastete Antragsteller nicht vorgetragen. Zwar sei es nicht ausgeschlossen, dass ehebedingte Nachteile dennoch später wegfielen, jedoch lasse sich dies nicht verlässlich vorhersagen. Offen sei ferner auch der genaue Zeitpunkt eines etwaigen Wegfalls ehebedingter Nachteile.

14 Hinsichtlich der in Betracht kommenden Begrenzung des Unterhalts gehe das Berufungsgericht im Grundsatz davon aus, dass sich die Antragsgegnerin nach einer Übergangszeit mit dem Standard zu begnügen habe, den sie ohne die Ehe erreicht hätte. Allerdings lasse sich auch in diesem Zusammenhang noch keine zuverlässige Prognose für die Festlegung einer zuzubilligenden Übergangszeit treffen. Die Entscheidung über die Herabsetzung sei deshalb einer späteren Abänderung vorzubehalten. Der berufliche Aufstieg des Antragstellers sei nicht zuletzt dem Umstand zu verdanken, dass die Antragsgegnerin ihm "den Rücken freigehalten" habe, was eine längere Teilhabe an dem

vollen Einkommen des Antragstellers rechtfertige. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien seien über die Scheidung hinaus weiter verflochten. Es sei offen, ob das gemeinsame Haus an Dritte verkauft werde oder ob der Antragsteller den Miteigentumsanteil der Antragsgegnerin übernehme. Ein Erlös aus dem Hausverkauf und daraus zu bildende zusätzliche Rücklagen seien ebenfalls ein für die Billigkeitsentscheidung zur berücksichtigender Gesichtspunkt. In der Gesamtschau erscheine es nicht unbillig, der Antragsgegnerin in Anbetracht der Ehedauer, der gehobenen finanziellen Verhältnisse und der während der Ehe größer gewordenen Einkommensdifferenz auch zu dem von der Antragsgegnerin ohne Ehe erzielbaren Einkommen eine längere mehrjährige Übergangszeit zuzubilligen. Aus heutiger Sicht halte das Berufungsgericht ohne Präjudiz für ein künftiges Abänderungsverfahren eine Herabsetzung nach Ablauf von etwa acht Jahren nach Rechtskraft der Scheidung für geboten. Da aber noch nicht sämtliche für die Unterhaltsherabsetzung relevanten Umstände eingetreten seien, sei von einer Festlegung des genauen Zeitpunkts der Herabsetzung abzusehen. Es bedürfe daher auch keiner Feststellungen zur genauen Höhe der ehebedingten Einkommenseinbußen.

II.

15 Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

16 1. Die Zulassung der Revision ist nicht wirksam eingeschränkt. Das Berufungsgericht hat zwar im Tenor des Berufungsurteils die Revision nur "hinsichtlich der Frage der Befristung und/oder der Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs" zugelassen. Auch wenn das Oberlandesgericht damit die Zulassung der Revision einschränken wollte, wäre diese Einschränkung jedenfalls nicht zulässig und bliebe ohne Wirkung.

17 Denn bei der Herabsetzung und Befristung des Unterhalts nach § 1578 b Abs. 1, 2 BGB handelt es sich um Einwendungen, die Grund und Höhe des Unterhalts betreffen und sich im vorliegenden Fall nicht auf einen abgrenzbaren Teil des Streitgegenstandes beziehen. Anders als nach einem im Urteil enthaltenen Ausspruch der Befristung (vgl. Senatsurteile vom 26. November 2008 - XII ZR 131/07 - FamRZ 2009, 406, 407; vom 25. Januar 1995 - XII ZR 195/93 - FamRZ 1995, 1405 und BGHZ 153, 358, 362 f. = FamRZ 2003, 590) ist bei deren Ablehnung eine Eingrenzung des Streitgegenstands schon in zeitlicher Hinsicht nicht möglich.

18 2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Antragsgegnerin ein Unterhaltsanspruch aus § 1573 Abs. 2 BGB (Aufstockungsunterhalt) zusteht.

19 3. Den Unterhaltsbedarf nach § 1578 Abs. 1 BGB hat das Berufungsgericht aufgrund des beiderseitigen (teils: erzielbaren) Einkommens der Parteien ermittelt. Dabei hat es auf Seiten des Antragstellers dessen Einkommen aus nichtselbständiger Tätigkeit sowie zwei Wohnvorteile berücksichtigt. Die Einkommensermittlung hält in einzelnen Punkten den Angriffen der Revision nicht stand.

20 a) Zur Ermittlung des vom Antragsteller erzielten Einkommens rügt die Revision mit Recht, dass das Berufungsgericht den Arbeitnehmerbeitrag zur VBL/SVV von rund 100 € nicht abgezogen hat. Die (Arbeitnehmer-)Beiträge sind im Bruttoeinkommen (Gesamtbrutto) enthalten und sind nach den vorliegenden Lohnbescheinigungen als persönliche Abzüge neben der berufsständischen Altersversorgung gesondert abgezogen worden. Da sie dem Antragsteller nicht zur Verfügung stehen, dürfen sie auch nicht in die Unterhaltsermittlung einfließen.

21 Des weiteren rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Beitragsanpassung bei der berufsständischen Versorgung nur beim Arbeitgeberzuschuss, nicht aber bei den Aufwendungen des Antragstellers berücksichtigt. Auch diese Rüge ist berechtigt. Die Berechnung des Berufungsgerichts beruht zum Arbeitgeberzuschuss von 527,35 € auf der seit 1. Januar 2008 geltenden Beitragsbemessungsgrenze (West: 5.300 € x 19,9 % : 2), während der in die Rechnung eingestellte Gesamtbetrag von 1.023,75 € sich noch nach früheren Werten richtet. Er ergibt sich rechnerisch aus der Beitragsbemessungsgrenze von 5.250 € (West, bis 31. Dezember 2007) und einem Beitragssatz von 19,5 % (bis 31. Dezember 2006). Von diesen Werten ist das Amtsgericht aufgrund der Gehaltsbescheinigungen aus den Jahren 2005 und 2006 ausgegangen. Die Werte sind insoweit vom Berufungsgericht aus dem amtsgerichtlichen Urteil übernommen worden, was seine Einkommensermittlung widersprüchlich macht. Ob die dem Arbeitgeberbeitrag entsprechende Belastung auch des Arbeitnehmers allgemeinkundig ist, wie die Revision geltend macht, kann hier offenbleiben. Denn die Rechenweise des Berufungsgerichts hat im Ergebnis dazu geführt, dass die Anteile des Antragstellers ab 1. Januar 2008 gegenüber 2007 sogar verringert worden sind, wofür das Parteivorbringen keinen Anhalt bot.

22 b) Die Einkommensermittlung zu den dem Antragsteller zugerechneten Wohnvorteilen bedarf im Hinblick auf die Ermittlung des Wohnwerts der Korrektur, während die vom Berufungsgericht vorgenommene rechtliche Einordnung der verbrauchsunabhängigen Kosten nicht zu beanstanden ist.

23 aa) Das Berufungsgericht hat dem Antragsteller Wohnvorteile für das von ihm genutzte Familienheim (875 €) und auch für die Eigentumswohnung in B. (450 €) zugerechnet, die sich insgesamt auf monatlich 1.325 € belaufen. Dagegen beruft sich die Revision darauf, dass die Parteien sich hinsichtlich des Familienheims auf eine Veräußerung geeinigt hätten. Der Antragsteller habe

nun seinen Wohnschwerpunkt nach B. verlegt und betreue und versorge das Haus in N. lediglich weiter. Es sei nicht sachgerecht, einen entsprechenden Wohnvorteil weiterhin in Ansatz zu bringen. Im Hinblick auf die von den Parteien abgesprochene Veräußerung komme auch eine Erzielung von Mieteinkünften nicht in Betracht. Diese Rüge hat im Ergebnis Erfolg.

24 Mit dem Berufungsgericht ist allerdings davon auszugehen, dass der Vorteil des mietfreien Wohnens als Vermögensertrag unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen ist und dies jedenfalls im Grundsatz auch dann zu gelten hat, wenn im Eigentum des Unterhaltsschuldners zwei Wohnungen vorhanden sind. Denn auch in diesem Fall zieht der Unterhaltsschuldner entsprechende Nutzungen. Für die Nutzungen kommt es auf den konkreten (auch zeitlichen) Umfang des persönlichen Gebrauchs nicht entscheidend an. Die Zurechnung von Nutzungen scheitert also nicht schon daran, dass dem Unterhaltsschuldner als alleinigem Nutzer des Familienheims auch noch eine andere Wohnung zur Verfügung steht, selbst wenn er sich dort überwiegend aufhält.

25 Allerdings kann hier entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der volle Wohnwert veranschlagt werden. Nach der Rechtsprechung des Senats ist von der Berücksichtigung des vollen Wohnwerts dann abzusehen, wenn die Wohnung gemessen an den Einkommensverhältnissen der Eheleute zu groß ist und eine Pflicht zur Verwertung des Wohneigentums (noch) nicht besteht (Senatsurteile vom 5. März 2008 - XII ZR 22/06 - FamRZ 2008, 963, 965 und BGHZ 154, 247, 254 = FamRZ 2003, 1179, 1182 m.w.N.; Hahne FF 1999, 99, 100). Das muss aber auch dann gelten, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Ehegatte (Mit-)Eigentümer mehrerer Objekte ist und ihm die anderweitige Verwertung eines Objekts (noch) nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Auch dann kommt der Wohnwert zunächst noch nicht in vollem Umfang zum Tragen. Die Zurechnung des vollen Wohnwerts setzt dann voraus, dass von

dem die Wohnung nutzenden Ehegatten verlangt werden kann, dass er die Wohnung durch (teilweise) Vermietung oder Veräußerung anderweitig verwertet.

26 Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist die Zurechnung des vollen Wohnwerts im Hinblick auf das Einfamilienhaus in N. nicht gerechtfertigt. Der Antragsteller nutzt das Haus in Anbetracht seiner beruflichen Tätigkeit in B. und der dort zusätzlich zur Verfügung stehenden (und unterhaltsrechtlich berücksichtigten) Eigentumswohnung nur eingeschränkt. Das Einfamilienhaus ist daher für ihn ebenso wie eine einzelne, aber gemessen an den sonstigen Verhältnissen zu große Wohnung teilweise "totes Kapital".

27 Auch dass das Einfamilienhaus bislang nicht veräußert worden ist, rechtfertigt die Zurechnung des vollen Wohnvorteils nicht. Denn das Hausgrundstück steht im Miteigentum beider Parteien. Auch nach der Scheidung fällt also die Verwertung der Immobilie in ihre gemeinschaftliche Rechtszuständigkeit. Dem entsprechend haben sie eine Einigung erzielt, das Hausgrundstück zu veräußern. Dass die bislang unterbliebene Veräußerung etwa auf dem (alleinigen) Verschulden des Antragstellers beruht, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden. Die Revision macht vor diesem Hintergrund zu Recht geltend, dass dem Antragsteller - abgesehen von der notwendigen Mitwirkung der Antragsgegnerin - auch eine zwischenzeitliche Vermietung des Hausgrundstücks nicht zumutbar ist.

28 Das hat zur Folge, dass dem Antragsteller - neben dem Wohnwert seiner Eigentumswohnung in B. - im Hinblick auf das Einfamilienhaus in N. anstelle des vollen Wohnwerts nur ein angemessener Wohnwert zuzurechnen ist. Dieser bemisst sich nach dem Mietzins, den er für eine seinen persönlichen Verhältnissen entsprechende kleinere zusätzliche Wohnung in N. zahlen müsste

(vgl. Dose Jugendamt 2009, 57, 59; Finke FPR 2008, 94, 95). Hierzu fehlt es an den erforderlichen Feststellungen des Berufungsgerichts.

29 bb) Das Berufungsgericht hat die vom Antragsteller als Abzugsposten geltend gemachten verbrauchsunabhängigen Nebenkosten (Grundsteuer und Gebäudeversicherungsbeiträge) nicht anerkannt. In Abzug zu bringen seien nur die nicht nach § 27 Abs. 1 der 2. Berechnungsverordnung umlagefähigen Kosten, also solche Kosten, mit denen ein Mieter üblicherweise nicht belastet werde. Grundsteuer und Gebäudeversicherungsbeiträge zählten dagegen zu den Kosten, die üblicherweise auf Mieter umgelegt würden.

30 Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Wert der in dem Wohnvorteil liegenden Nutzungen nach § 100 BGB ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats nach dem ortsüblichen Mietwert zu bemessen und entspricht - abgesehen von Korrekturen im Rahmen der Angemessenheitsbetrachtung - den Kosten, die der Eigentümer gegenüber einem Mieter erspart (Senatsurteil vom 5. März 2008 - XII ZR 22/06 - FamRZ 2008, 963, 965; st. Rechtsprechung seit dem Senatsurteil vom 27. Juni 1984 - IVb ZR 20/83 - FamRZ 1985, 354, 356; Dose Jugendamt 2009, 57, 58). Demzufolge bleiben alle Kosten, die ein Mieter neben der Grundmiete gesondert zu tragen hat, bei der Ermittlung des nach der Grundmiete bemessenen Wohnwerts außer Betracht.

31 Allerdings hat der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung regelmäßig verbrauchsunabhängige Kosten im Gegensatz zu verbrauchsabhängigen Kosten als in diesem Sinne abzugsfähig aufgeführt (Senatsurteile vom 20. Oktober 1999 - XII ZR 297/97 - FamRZ 2000, 351, 354 m. Anm. Quack FamRZ 2000, 665; vom 22. April 1998 - XII ZR 191/96 - FamRZ 1998, 899, 901; vom 5. März 2008 - XII ZR 22/06 - FamRZ 2008, 963, 965 und vom 28. März 2007 - XII ZR 21/05 - FamRZ 2007, 879, 880 m.w.N.).

32 Diese Unterscheidung ist in Rechtsprechung und Literatur angezweifelt worden (OLG Hamm FamRZ 2003, 460; OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 895; Leitlinien des OLG Düsseldorf unter Nr. 5 und des OLG Hamm unter Nr. 5.2; Wendl/Gerhardt Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 1 Rdn. 337; Quack FamRZ 2000, 665; differenzierend Wohlgemuth in: Eschenbruch/Klinkhammer Der Unterhaltsprozess 5. Aufl. Kap. 6. Rdn. 258; vgl. auch Finke FPR 2008, 94, 95).

33 Der Senat hält an der generellen Unterscheidung nach der Verbrauchsabhängigkeit der Kosten nicht fest. Denn diese Abgrenzung kann nicht länger als übliche mietvertragliche Praxis angenommen werden (vgl. auch Senatsurteil BGHZ 178, 16, 32). Sie folgt auch nicht aus der mietrechtlichen Rechtslage. Ob mit dem Eigentum verbundene Kosten allein von einem Eigentümer und nicht von einem Mieter getragen werden, lässt sich statt dessen verlässlicher danach beurteilen, ob die Kosten auf einen Mieter umgelegt werden können.

34 Nach § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB können die Parteien vereinbaren, dass der Mieter Betriebskosten trägt. Betriebskosten sind die Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen (§ 556 Abs. 1 Satz 2 BGB). Für die Aufstellung der Betriebskosten gilt (seit dem 1. Januar 2004) die Betriebskostenverordnung (BetrKV) vom 25. November 2003 (§ 556 Abs. 1 Satz 3 BGB). Nicht umlagefähig sind danach etwa Kosten der Verwaltung und Instandhaltungskosten (§ 1 Abs. 2 BetrKV), während die Grundsteuer (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 BetrKV) und die Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung (§ 2 Abs. 1 Nr. 13 BetrKV) umlagefähig sind.

35 Die Feststellung, ob bestimmte umlagefähige Kosten üblicherweise auf den Mieter umgelegt werden, ist Aufgabe der Tatsacheninstanzen und hängt von den örtlichen Gepflogenheiten ab. Dabei begegnet es allerdings keinen Bedenken, wenn von dem Regelfall ausgegangen wird, dass die Vermieter die gesetzlichen Möglichkeiten ausschöpfen und die nach §§ 1, 2 BetrKV umlagefähigen Kosten in der Praxis auf die Mieter umgelegt werden. Zu prüfen ist dann nur noch, ob die fraglichen Kosten etwa schon in die ortsübliche Grundmiete eingerechnet sind (vgl. Finke FPR 2008, 94, 95). Das ist allerdings bei der sog. Netto-Kaltmiete (oder Nettomiete), die regelmäßig den örtlichen Mietspiegeln nach §§ 558 c, 558 Abs. 2 BGB zugrunde liegt, nicht der Fall. Denn diese versteht sich im Gegensatz zur (Teil-)Inklusivmiete als Miete ohne alle Betriebskosten nach § 556 Abs. 1 BGB (vgl. BGH Urteil vom 10. Oktober 2007 - VIII ZR 331/06 - NJW 2008, 848).

36 Daran gemessen ist es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht - übereinstimmend mit dem Amtsgericht - davon ausgegangen ist, dass die Grundsteuer und die Versicherungsbeiträge üblicherweise auf Mieter umgelegt werden. Allerdings können sich die Kosten im Einzelfall als teilweise überflüssig erweisen, wenn und soweit ihnen - wie im vorliegenden Fall - kein adäquater Wohnwert gegenüber steht. Insbesondere wenn der Ehegatte die Kosten dann auch im Interesse des anderen Ehegatten weiter aufbringt, kann ein teilweiser Abzug gerechtfertigt sein.

37 c) Auch die von der Revision zur Fortschreibung der im Jahr 2008 geflossenen Steuererstattung erhobenen Rügen sind zum Teil berechtigt. Grundsätzlich ist es allerdings nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht (entsprechend seinen Leitlinien, Nr. 1.7) die Steuererstattung für die Folgejahre fortgeschrieben hat, wenn die Bemessungsgrundlagen im Wesentlichen unverändert geblieben sind (vgl. Senatsurteile vom 19. Februar 2003 - XII ZR 67/00 -

FamRZ 2003, 860, 863 und vom 21. Januar 2009 - XII ZR 54/06 - FamRZ 2009, 762, 765; zu den Grenzen der Fortschreibung vgl. Senatsurteil vom 25. November 1998 - XII ZR 33/97 - FamRZ 1999, 372, 375). Davon kann im vorliegenden Fall indessen nicht ausgegangen werden.

38 Zwar ist die von der Revision als Veränderung angeführte steuerrechtliche Entfernungspauschale nach vorübergehender gesetzlicher Einschränkung nunmehr durch das Gesetz zur Fortführung der Gesetzeslage 2006 bei der Entfernungspauschale (EntfPauschFG) vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 774) wiederum mit ihrem früheren Inhalt - auch rückwirkend - in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG aufgenommen worden.

39 Berechtigt ist die Rüge der Revision hingegen zur Kirchensteuer. Das Berufungsgericht hat bei seiner - fiktiven - Steuerberechnung berücksichtigt, dass der Antragsteller aus der Kirche ausgetreten und demzufolge nicht mehr kirchensteuerpflichtig ist. Demnach kann aber auch die Steuererstattung nicht fortgeschrieben werden, soweit sie auf dem Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG für gezahlte Kirchensteuer beruht.

40 Ob das Gleiche schließlich auch hinsichtlich der im zuletzt ergangenen Einkommensteuerbescheid berücksichtigten besonderen Belastungen zu gelten hat oder ob der Antragsteller gehalten gewesen wäre, hierzu gesondert vorzutragen, kann hier offenbleiben. Denn die Einkommensermittlung bedarf ohnedies der Korrektur, so dass im Rahmen der noch notwendigen Feststellungen auch die aktuellen Steuerdaten berücksichtigt werden können.

41 d) Das Berufungsgericht hat der Antragsgegnerin mangels hinreichender Erwerbsbemühungen ein fiktives Einkommen zugerechnet. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats. Das gilt zunächst insoweit, als die Antragsgegnerin im Rahmen der sie nach § 1569 BGB treffenden unterhalts-

rechtlichen Eigenverantwortung gehalten war, ihre nicht ausreichend ertragreiche selbständige Tätigkeit aufzugeben und sich statt dessen um eine nichtselbständige Tätigkeit zu bemühen.

42 Im Rahmen der Unterhaltsbedürftigkeit nach § 1577 Abs. 1 BGB trägt die Antragsgegnerin als Gläubigerin die Darlegungs- und Beweislast sowohl für hinreichende Erwerbsbemühungen als auch das Fehlen einer realen Beschäftigungschance (Senatsurteile vom 30. Juli 2008 - XII ZR 126/06 - FamRZ 2008, 2104, 2105 und vom 27. Januar 1993 - XII ZR 206/91 - FamRZ 1993, 789, 791 - jeweils zum Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit nach § 1573 Abs. 1 BGB; Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 1 Rdn. 522). Das Berufungsgericht hat das für die Antragsgegnerin aus einer nichtselbständigen Tätigkeit erzielbare Einkommen nach § 287 ZPO auf bereinigt 1.000 € geschätzt. Dabei hat das Berufungsgericht die Berufsausbildung der Antragsgegnerin sowie einige von ihr erworbene Zusatzqualifikationen und Erfahrungen gewürdigt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Antragsgegnerin eine Stelle als Köchin, als Diätassistentin oder im Pflegedienstleistungsbereich habe erlangen können. Bei der Einkommenshöhe seien jedoch wegen der längeren beruflichen Abstinenz, des Alters der Antragsgegnerin von fast 48 Jahren und der Lage auf dem Arbeitsmarkt Abstriche zu machen, so dass der Antragsgegnerin kein höherer Stundenlohn als 9 € zugerechnet werden könne. Auch dies hält sich im zulässigen Rahmen tatrichterlicher Feststellungen. Insbesondere steht damit zugleich fest, dass die Antragsgegnerin nicht sogleich eine vollwertige Beschäftigung in ihrem erlernten Beruf als Diätassistentin erlangen kann.

43 4. Die vom Berufungsgericht unter Vorwegabzug des Kindesunterhalts - auch für den 2006 geborenen Sohn F. des Antragstellers - vorgenommene Unterhaltsberechnung ist nicht zu beanstanden.

44 a) Das gilt zunächst für die Berücksichtigung des Volljährigenunterhalts, den das Berufungsgericht allein vom Einkommen des Antragstellers abgezogen hat. Dass aufgrund des - teils fiktiven - Einkommens der Antragsgegnerin und des ihr zustehenden Ehegattenunterhalts ihre Mithaftung in Frage kommt (vgl. Senatsurteil BGHZ 163, 84, 102 = FamRZ 2005, 1817, 1822) kann hier aufgrund der einvernehmlichen Praxis der Parteien vernachlässigt werden. Denn es steht den Parteien frei, in diesem Punkt in der Sache zu einem ähnlichen Ergebnis zu gelangen, indem der Kindesunterhalt vom Einkommen des mehr verdienenden Ehegatten in Abzug gebracht wird und sich der Ehegattenunterhalt entsprechend verringert (vgl. Senatsurteil vom 30. Juli 2008 - XII ZR 126/06 - FamRZ 2008, 2104, 2107; Gutdeutsch NJW 2009, 945; Wendl/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 2 Rdn. 151). Es entspricht der einvernehmlichen Übung der Parteien, dass der Antragsteller den Kindesunterhalt bestreitet, während die Antragsgegnerin offenbar nicht auf Volljährigenunterhalt in Anspruch genommen worden ist. Das Berufungsgericht ist dem mit seiner Berechnungsweise gefolgt. Das ist unbedenklich und auch von der Revision nicht beanstandet worden.

45 b) Das Berufungsgericht hat ferner den Kindesunterhalt für die drei Kinder jeweils mit dem Zahlbetrag in Abzug gebracht. Auch das ist nicht zu beanstanden.

46 aa) Die Frage, mit welchem Betrag der Vorabzug des Kindesunterhalts bei der Ermittlung des Ehegattenunterhalts nach Einkommensquoten durchzuführen ist, entweder mit dem Bedarfsbetrag nach der Düsseldorfer Tabelle (Tabellenbetrag) oder mit dem um das (anteilige) Kindergeld nach § 1612 b BGB bereinigten Betrag (Zahlbetrag), ist allerdings umstritten. Der Senat hat zum Volljährigenunterhalt mehrfach im zuletzt genannten Sinne entschieden (Senatsurteile BGHZ 164, 375, 382 f. = FamRZ 2006, 99, 101 f., vom 5. März 2008

- XII ZR 22/06 - FamRZ 2008, 963 und vom 30. Juli 2008 - XII ZR 126/06 - FamRZ 2008, 2104, 2107).

47 Für den Minderjährigenunterhalt wird dagegen von Teilen der Rechtsprechung und Literatur die Ansicht vertreten, es müsse der Tabellenbetrag abgezogen werden (OLG Düsseldorf - 7. FamS - FamRZ 2009, 338; Schürmann FamRZ 2008, 313, 324; Maurer FamRZ 2008, 1985, 1991; FamRZ 2008, 2157, 2161 jeweils m.w.N.; vgl. auch OLG Frankfurt NJW-RR 2009, 2), während die überwiegende Auffassung davon ausgeht, dass auch hier der Zahlbetrag abzuziehen ist (OLG Düsseldorf - 2. FamS - FamRZ 2008, 1254 - zitiert nach JURIS Tz. 98; OLG Düsseldorf - 6. FamS - Urteil vom 18. April 2008 - II-6 UF 150/07 - zitiert nach JURIS; OLG Hamm - 2. FamS - FamRZ 2008, 893; OLG Hamm - 8. FamS - FamRZ 2008, 1446, 1448; OLG Celle FamRZ 2008, 997; OLG Bremen NJW 2009, 925; Scholz FamRZ 2007, 2021, 2028; ders. in: Wendl/Staudigl Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 2 Rdn. 510; Büttner FamRZ 2008, 967; Borth Unterhaltsrechtsänderungsgesetz Rdn. 341 (mit verfassungsrechtlichen Bedenken); Dose FamRZ 2007, 1289, 1292 f.; Gerhardt FamRZ 2007, 945, 948; Klinkhammer FamRZ 2008, 193, 199; Düsseldorfer Tabelle Anm. B.III).

48 bb) Die Streitfrage ist im Sinne der überwiegenden Auffassung zu entscheiden. Dafür ist ausschlaggebend, dass sich seit dem 1. Januar 2008 die Methode der Kindergeldanrechnung gemäß § 1612 b Abs. 1 BGB geändert hat, was sich auch auf die Bedarfsermittlung nach § 1578 Abs. 1 BGB niederschlägt.

49 Bei der Ermittlung des Bedarfs nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt es auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der - geschiedenen - Ehegatten an. Diese werden durch bestehende Unterhaltspflichten gegenüber Kindern beein-

flusst, weil diese das für die Lebensführung der Ehegatten verfügbare Einkommen schmälern.

50 Die Bezifferung des Kindesunterhalts ist somit eine Vorfrage der Bedarfsermittlung nach § 1578 Abs. 1 BGB, die nach §§ 1601 ff. BGB zu beurteilen ist. Aus § 1612 b BGB ergibt sich, in welcher Weise das Kindergeld zu berücksichtigen ist. Nach § 1612 b Abs. 1 Satz 1 BGB in der seit dem 1. Januar 2008 durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz (UÄndG) vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3189) geänderten Gesetzesfassung ist das auf das Kind entfallende Kindergeld zur Deckung seines Barbedarfs zu verwenden, und zwar nach § 1612 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB zur Hälfte, wenn ein Elternteil seine Unterhaltspflicht durch Betreuung des Kindes erfüllt (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). In diesem Umfang mindert es den Barbedarf des Kindes (§ 1612 b Abs. 1 Satz 2 BGB). Die bedarfsmindernde Wirkung stellt das (anteilige) Kindergeld damit im Gegensatz zur vorausgegangenen Rechtslage, nach der das Kindergeld "anzurechnen" war (§ 1612 b Abs. 1 BGB a.F.), eigenem Einkommen des Kindes gleich (Wendl/Scholz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 2 Rdn. 510). Notwendige Folge dieser Gleichstellung ist, dass auch bei der Bemessung des Ehegattenunterhalts nur der nach bedarfsdeckender Anrechnung des Kindergelds verbleibende Unterhaltsanspruch, also der Zahlbetrag, vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen abzuziehen ist. Denn nur insoweit wird das für den Ehegattenunterhalt verfügbare Einkommen des Unterhaltspflichtigen geschmälert.

51 Der Vorwegabzug des Zahlbetrages entspricht nach dem Regierungsentwurf zum Unterhaltsänderungsgesetz, der im parlamentarischen Verfahren insoweit nicht in Frage gestellt worden ist, der Absicht des Gesetzgebers. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs sollte der bisherige § 1612 b BGB durch eine Neukonzeption der Vorschrift ersetzt werden. An die Stelle der bisherigen

Anrechnung des Kindergelds auf den Barunterhaltsanspruch des Kindes sollte der bedarfsmindernde Vorwegabzug des Kindergelds treten (BT-Drucks. 16/1830 S. 28). Die Entwurfsbegründung weist darauf hin, dass nach § 1612 b Abs. 1 BGB n.F. von der zur Verteilung anstehenden Masse ein geringerer Anteil für den Kindesunterhalt erforderlich ist und ein entsprechend höherer Anteil für die nachrangigen Unterhaltsberechtigten, etwa für den betreuenden Elternteil zur Verfügung steht (BT-Drucks. 16/1830 S. 29). Dass sich die Gesetzesbegründung vorwiegend auf den (Mangel-)Fall bezieht, dass die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zwar für den vorrangigen Kindesunterhalt, nicht aber für den Ehegattenunterhalt ausreicht, ist nicht ausschlaggebend. Denn auch die Bedarfsermittlung beim Ehegattenunterhalt orientiert sich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Ehegatten, und die Unterhaltsberechnung nach Quoten geht davon aus, dass das gesamte Einkommen der Ehegatten für den Unterhalt zu verwenden ist. Eine gesteigerte Unterhaltspflicht, die wie nach § 1603 Abs. 2 BGB ansonsten eine unterschiedliche Heranziehung des Einkommens im Mangelfall begründen könnte, besteht beim Ehegattenunterhalt nicht.

52 Gegenüber der früheren Rechtslage (dazu Senatsurteile vom 16. April 1997 - XII ZR 233/95 - FamRZ 1997, 806, 807; vom 19. Juli 2000 - XII ZR 161/98 - FamRZ 2000, 1492, 1494 und vom 23. April 1986 - IVb ZR 34/85 - FamRZ 1986, 783, 786) hat sich demnach die Art und Weise der Kindergeldanrechnung grundlegend verändert. Da der Abzug des Zahlbetrages statt des Tabellenbetrages danach sowohl vom Wortlaut des Gesetzes als auch von der ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers gefordert wird, sind die Gerichte daran gebunden (zutreffend Wendl/Scholz Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 2 Rdn. 510). Die Gerichte sind also auch nicht befugt, an die Stelle des verbindlichen Gesetzesrechts ihre eigenen Vorstellungen von einer gerechten Aufteilung des Kindergelds zu setzen.

53 Es kann daher insbesondere nicht damit argumentiert werden, durch den Abzug des Zahlbetrages werde der (steuer- und sozialrechtliche) Kindergeldausgleich gemäß § 1612 b BGB verfälscht, weil der Barunterhaltspflichtige einen Anteil der ihm zustehenden Kindergeldhälfte als Ehegattenunterhalt auskehren müsse (so aber OLG Düsseldorf - 7. FamS - FamRZ 2009, 338). Der vorliegende Fall verdeutlicht überdies, dass diese Auffassung zu Differenzierungen zwingen würde, die dem vom UÄndG verfolgten Vereinfachungsgedanken zuwiderliefen. Denn beim Unterhalt für den nicht aus der Ehe der Parteien stammenden Sohn F. wäre im Verhältnis der Parteien der Kindergeldausgleich nicht berührt. Die Folge wäre, dass bei den Kindern aus der Ehe der Parteien mit dem Tabellenbetrag, beim Sohn F. dagegen mit dem Zahlbetrag gerechnet werden müsste, wie es schon für die frühere Rechtslage vereinzelt vertreten wurde (Soyka Die Berechnung des Ehegattenunterhalts 2. Aufl. Rdn. 165). Die dagegen nach früherem Recht auch in diesem Fall konsequent praktizierte Berechnung mit dem Tabellenunterhalt (Senatsurteil vom 19. Juli 2000 - XII ZR 161/98 - FamRZ 2000, 1492, 1494) entspräche wiederum nicht mehr der vom UÄndG ausdrücklich verfolgten Zielsetzung. Danach soll das infolge der nunmehr bedarfsdeckenden Anrechnung des Kindergelds freiwerdende Einkommen auch im Verhältnis von Erst- und Zweitfamilie für den Unterhalt nachrangig Berechtigter zur Verfügung stehen (BT-Drucks. 16/1830 S. 29). Somit kann auch abgesehen von der Kindergeldverteilung zwischen den Eltern nicht (mehr) allein aus dem mit dem Kindergeld verfolgten Zweck der Unterhaltsentlastung gefolgert werden, dass das durch die Kindergeldanrechnung freiwerdende Einkommen dem Unterhaltspflichtigen im Rahmen des Ehegattenunterhalts ungekürzt verbleiben müsse.

54 cc) Die gesetzliche Regelung ist nicht wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig. Bereits nach der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Regelung in § 1612 b Abs. 5 BGB (a.F.) wurde der Kindergeldanteil

des barunterhaltspflichtigen Elternteils zur Deckung des Existenzminimums des Kindes herangezogen, während der Anteil des betreuenden Elternteils davon verschont blieb. Das Bundesverfassungsgericht hat diese ungleiche Heranziehung der Kindergeldanteile in seinem Beschluss vom 9. April 2003 (FamRZ 2003, 1370, 1375 f.) als sachlich gerechtfertigt gebilligt und einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG verneint. Zwar hatte sich das BVerfG nur mit der Vorschrift des § 1612 b Abs. 5 BGB (a.F.) zu befassen, deren Aufgabe (nur) die Sicherung des Existenzminimums war, während die Neuregelung des § 1612 b Abs. 1 BGB im Ergebnis zu einer weitergehenden Heranziehung des Kindergelds über den Ehegattenunterhalt führt. Aber auch die Anwendung des § 1612 b Abs. 5 BGB (a.F.) konnte schon zu dem Ergebnis führen, dass durch die Heranziehung des dem barunterhaltspflichtigen Elternteil zustehenden Kindergeldanteils das Existenzminimum des Kindes gesichert war, während dem betreuenden Elternteil sein ungekürzter Kindergeldanteil verblieb. Demnach stand es dem Gesetzgeber nach der Verfassung aber ebenfalls frei, das zu berücksichtigende Kindergeld generell als Einkommen des Kindes anzusehen und es zur Deckung des Unterhaltsbedarfs des Kindes heranzuziehen. Dass damit der nunmehr nachrangige Ehegattenunterhalt - als teilweise Kompensation des Nachrangs (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 29) - teilweise erhöht worden ist, ist nicht sachwidrig.

55 Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung kann schon nicht als Regelfall unterstellt werden, dass der betreuende Elternteil seinen Kindergeldanteil etwa vollständig für eigene Zwecke verbraucht. Die alltägliche Kindesbetreuung stellt bekanntlich vielfältige Anforderungen, die auch mit diversen Kosten verbunden sind (z.B. Eintrittsgelder, Fahrten zu Kindergarten, Schule und Sportveranstaltungen, gelegentlicher Reitunterricht, Karussell auf der Kirmes etc.), welche nicht - wie etwa Kindergartenkosten - als Mehr- oder Sonderbedarf des Kindes unterhaltsrechtlich gel-

tend gemacht werden können. Für die Beurteilung, ob die gesetzliche Differenzierung sachgemäß ist, kann demnach jedenfalls nicht die praktische Erfahrung außer Acht gelassen werden, dass auch der betreuende Elternteil seinen Kindergeldanteil ganz oder teilweise zugunsten seines Kindes verwendet, wobei eine dies etwa verbindlich anordnende gesetzliche Regelung schon wegen der Verschiedenartigkeit von Bar- und Betreuungsbedarf nicht in Frage gekommen wäre.

56 Dass das Unterhaltsrecht insoweit das Kindergeld nicht in dem gleichen Umfang heranzieht wie das Sozialrecht (so zutreffend Schürmann FamRZ 2008, 313, 324), macht die gesetzliche Regelung noch nicht verfassungswidrig. Auch das Steuerrecht trifft schließlich nur eine Entscheidung darüber, wie das Einkommen zu besteuern ist und dass das Kindergeld den Eltern als Steuervergütung (oder Sozialleistung) hälftig zugute kommen muss, wobei sich schon die Freibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG und die hälftige Kindergeldverteilung nicht entsprechen. Darüber hinaus regelt es ebenso wie bei der Einkommensentlastung durch die Freibeträge nach § 32 Abs. 6 EStG aber nicht die Verwendung des dadurch freigewordenen Einkommens (vgl. Borth Unterhaltsrechtsänderungsgesetz Rdn. 341), so dass es dem Unterhaltsgesetzgeber unbenommen war, das freigewordene Einkommen als für den Ehegattenunterhalt einsetzbar zu erklären und dies durch die bedarfsdeckende Verwendung des Kindergelds in § 1612 b Abs. 1 BGB zum Ausdruck zu bringen.

57 Dass dem barunterhaltspflichtigen Elternteil infolge des teilweisen Verbrauchs des Kindergelds weniger Spielraum, etwa für Umgangskosten, verbleibt, ist anderweitig zu berücksichtigen, etwa durch einen - teilweisen - Abzug der Umgangskosten vom Einkommen oder eine Erhöhung des (Ehegatten-) Selbstbehalts (vgl. Senatsurteile vom 23. Februar 2005 - XII ZR 56/02 - FamRZ 2005, 706, 708 und vom 9. Januar 2008 - XII ZR 170/05 - FamRZ 2008, 594,

599 sowie Wendl/Klinkhammer Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 7. Aufl. § 2 Rdn. 169).

III.

58 1. Im Ergebnis ist das Berufungsurteil daher wegen einzelner notwendiger Korrekturen der Einkommensermittlung aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil zum Umfang des Wohnvorteils wie auch zur Steuerbelastung des vom Antragsteller erzielten Einkommens weitere Feststellungen erforderlich sind.

59 2. a) Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht, soweit es - ggf. nach ergänzendem Vortrag der Parteien - beim Wohnvorteil eine Reduzierung auf den angemessenen Wohnwert durchzuführen hat, auch der teilweise Abzug der Grundsteuer und Versicherungsbeiträge zu erwägen sein wird.

60 Als Altersvorsorge hat das Berufungsgericht neben der freiwilligen Rentenversicherung bei der Bayerischen Versorgungskammer der Apotheker auch eine Direktversicherung anerkannt. Soweit es sich hierfür auf die vom Senat (BGHZ 163, 84, 99) gebilligte zusätzliche Altersvorsorge in Höhe von 4 % gestützt hat, sind in diese Betrachtung allerdings auch die (wegen der noch durchzuführenden Auseinandersetzung: hälftigen) Tilgungsanteile der Kreditraten bezüglich des Einfamilienhauses und auch die VBL-Beiträge einzubeziehen. Zur Höhe ist die zusätzliche Altersvorsorge nicht auf die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung beschränkt, sondern anhand des gesamten Bruttoeinkommens zu berechnen, wovon das Berufungsgericht auch zutreffend ausgegangen ist.

61 b) Die vom Berufungsgericht abgelehnte Befristung und Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts nach § 1578 b Abs. 1, 2 BGB begegnet schließlich keinen revisionsrechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht hat hier im wesentlichen auf die der Antragsgegnerin durch die Rollenverteilung der Parteien entstandenen beruflichen Nachteile abgestellt. Die Feststellungen sind rechtsfehlerfrei getroffen und verkennen entgegen der Ansicht der Revision auch nicht die Darlegungs- und Beweislast. Die vom Berufungsgericht angestellte Billigkeitsabwägung ist nicht zu beanstanden.

62 Dass das Berufungsgericht hinsichtlich des in einem gegenwärtig nur geringeren erzielbaren Einkommen liegenden ehebedingten Nachteils die Darlegungs- und Beweislast nicht verkannt hat, ergibt sich schon daraus, dass diese Frage bereits im Rahmen der Bedürftigkeit der Antragsgegnerin zu überprüfen war und auch überprüft worden ist. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Antragsgegnerin gegenwärtig kein höheres Einkommen als 1.000 € erzielen könne. Seine Feststellungen besagen demnach nicht nur, dass die Antragsgegnerin mindestens 1.000 € verdienen könne, sondern zugleich auch, dass für die Antragsgegnerin gegenwärtig ein höheres Einkommen nicht erzielbar ist.

63 Allerdings wird das Berufungsgericht im Rahmen der weiteren Feststellungen zu überprüfen haben, ob - etwa zur Veräußerung des gemeinschaftlichen Hausgrundstücks - die von ihm angeführten Hinderungsgründe an einer

abschließenden Beurteilung der Befristung, insbesondere aber der Herabsetzung des Unterhalts, weiterhin Bestand haben, was unter Umständen eine erneute Billigkeitsbetrachtung erforderlich machen wird.

Hahne Sprick Wagenitz

Dose Klinkhammer

Vorinstanzen:
AG Strausberg, Entscheidung vom 13.11.2007 - 2 F 203/06 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 22.04.2008 - 10 UF 226/07 -