
Datum: 22.08.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 UF 10/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0822.8UF10.02.00

Vorinstanz: Amtsgericht Steinfurt, 10 F 211/97

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 16. November 2001 verkündete Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Steinfurt abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin nachehelichen Unterhalt in monatlicher Höhe wie folgt zu zahlen:

Für die Zeit vom 1. Juli 1997 bis 31. Dezember 1997 35,28 €,
für die Zeit vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 1999 125,20 €,
für die Zeit vom 1. Januar 2001 bis 28. Februar 2002 43,00 €
und für die Zeit ab 1. März 2002 104,00 €.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen, die weitergehende Klage bleibt abgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges tragen die Klägerin zu 92 % und der Beklagte zu 8 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 44 % der Klägerin und zu 56 % dem Beklagten auferlegt.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Zahlung nachehelichen Unterhalts für die Zeit ab 1. März 1997.

Die im Jahr 1957 geborene Klägerin und der im Jahre 1956 geborene Beklagte haben 1976 die Ehe geschlossen, aus der die Kinder O, geb. am 31.10.1981, E, geb. am 20.10.1984 sowie die am 18.04.1993 geborenen Zwillinge K und M hervorgegangen sind. Seit August 1994 lebten die Parteien getrennt, die Ehe wurde durch Urteil vom 7. Februar 1997 rechtskräftig geschieden, wobei das Sorgerecht für sämtliche Kinder auf die Kindesmutter übertragen wurde, bei der diese auch leben und die das Kindergeld erhält.

Der Beklagte betrieb zunächst eine Einzelfirma und war auf dem Gebiet der Handelsvertretung in der Textilbranche tätig. Diese Einzelfirma wandelte er im Jahre 1992 in die Q Handelsvertretung GmbH um, deren Gesellschafter er und die Klägerin wurden. Der Beklagte war zugleich Geschäftsführer und bezog als solcher im Jahre 1992 zunächst ein Geschäftsführergehalt von monatlich 12.000,00 DM. Durch Gesellschafterbeschuß vom 30.04.1994, von den Parteien gemeinsam gefaßt, wurde wegen "der schlechten Geschäftslage der Gesellschaft" eine Absenkung des Geschäftsführergehalts auf monatlich 8.000,00 DM brutto für die Zeit ab Mai 1994 beschlossen. Mit Wirkung zum 01. September 1994 wurde eine weitere Absenkung des Geschäftsführergehaltes auf monatlich 6.000,00 DM brutto vereinbart, wobei auch die Klägerin bei der Beschlußfassung noch mitwirkte. Im Februar 1996 erwarb der Beklagte schließlich die hälftigen Geschäftsanteile der Klägerin und war nunmehr Alleingesellschafter. Es erfolgten sodann ab August 1995 eine nochmalige Reduzierung des Geschäftsführergehaltes auf zunächst brutto 5.000,00 DM, ab März 1996 auf brutto 4.000,00 DM und schließlich ab März 1997 auf brutto 3.500,00 DM. Am 16. Februar 2000 beantragte der Beklagte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, dieser Antrag wurde durch Beschluß vom 13. März 2000 mangels Masse zurückgewiesen.

Im Januar 2000 bezog der Beklagte Krankengeld. Ab April 2000 war er bei der Firma L als Angestellter tätig, bei der er einen Bruttolohn von 3.000,00 DM erhielt. Bei Frau L handelt es sich um die Lebensgefährtin des Beklagten, mit der er seit Juli 1997 auch zusammenlebt. Diese Arbeitsstelle wurde ihm jedoch zu Ende Oktober 2001 gekündigt, so daß er seit November 2001 arbeitslos ist. Seit Anfang 2002 erhält er Arbeitslosengeld in Höhe von rund 700,00 €.

Durch notarielle Urkunden vom 24.11.1994 und 22.09.1995 verpflichtete sich der Beklagte, für die Kinder M, K und E einen Kindesunterhalt in Höhe von jeweils monatlich 276,72 DM und für O einen solchen in Höhe von monatlich 341,85 DM sowie an die Klägerin monatlichen Trennungsunterhalt in Höhe von 927,99 DM zu zahlen.

Mit einer im März 1996 erhobenen Abänderungsklage begehrte der Beklagte die Herabsetzung dieser eingegangenen Unterhaltsverpflichtung mit dem Vortrag, er sei angesichts eines Nettogeschäftsführergehalts von lediglich noch 2.710,00 DM nicht mehr hinreichend leistungsfähig. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, die hiergegen eingelegte Berufung des Beklagten wurde durch den Senat mit Urteil vom 25. November 1996 zurückgewiesen (8 UF 235/96 = 10 F 102/96 AG Steinfurt). Der Senat hat hierzu

ausgeführt, der Beklagte habe eine wesentliche Änderung der Umstände, die für die Festsetzung der Unterhaltsrenten maßgebend gewesen seien, nicht hinreichend dargetan, da sein aktuelles bereinigtes Nettoeinkommen sich immer noch auf 3.531,00 DM belaufe.

Nach Scheidung der Ehe erbrachte der Beklagte keine Unterhaltszahlungen mehr zugunsten der Klägerin, zahlte jedoch den Kindesunterhalt in Gesamthöhe von monatlich 1.172,00 DM weiter. Da gegenüber dem Sohn O jedenfalls ab März 2000 keine Unterhaltsverpflichtung mehr bestand, zahlte der Beklagte in der Folgezeit lediglich noch 830,16 DM an Kindesunterhalt, und zwar bis einschließlich Februar 2002. Zu diesem Zeitpunkt entfiel auch die Unterhaltsverpflichtung gegenüber E, so daß er ab März 2002 nur noch jeweils monatlich 141,48 € für die Zwillinge zahlt. 8

Die Klägerin bezog nach der Scheidung zunächst Sozialhilfe, außerdem war sie bei der Firma F GmbH & Co. KG mit wachsender Stundenzahl tätig. Zunächst erzielte sie dort im Durchschnitt ein monatliches Einkommen von 252,00 DM, ab dem 1. April 1999 weitete sie ihre Tätigkeit auf einen monatlichen Verdienst von 630,00 DM aus und sodann im Herbst 1999 noch weiter; seit Februar 2001 bezieht sie ein Nettoeinkommen in Höhe von ca. 2.138,00 DM. 9

Die Klägerin war unstreitig zumindest ab Juni 1997 bis Januar 1998 mit dem Zeugen Q2 befreundet. 10

Nach vorausgegangener Mahnung nahm die Klägerin den Beklagten auf Zahlung nachehelichen Unterhalts für den Zeitraum ab März 1997 in Anspruch. Ihre Unterhaltsforderung hat sie zunächst auf der Grundlage des Urteils des Senats in dem Verfahren 8 UF 235/96 berechnet, wonach das bereinigte Einkommen des Beklagten monatlich 3.531,00 DM netto betragen haben soll. Später hat sie behauptet, der Beklagte erziele ein monatliches Nettoeinkommen von durchschnittlich 3.919,50 DM. Hiervon hat sie den mit insgesamt 1.172,00 DM monatlich titulierten Kindesunterhalt abgesetzt und von dem verbleibenden Restbetrag einen 3/7-Anteil in Höhe von gerundet 1.175,00 DM monatlich verlangt. Ihre eigenen Einkünfte hat die Klägerin im Hinblick auf die von ihr betreuten und versorgten Zwillinge für überobligatorisch und damit nicht anrechenbar gehalten. Weiterhin hat sie ihren eigenen Unterhaltsanspruch nicht für verwirkt angesehen, da sie mit dem Zeugen Q2 keine eheähnliche Lebensgemeinschaft eingegangen sei, dieser auch nur gelegentlich bei ihr übernachtet habe und die Beziehung zudem bereits im Januar 1998 beendet worden sei. 11

Die Klägerin hat beantragt, 12

den Beklagten zu verurteilen, an sie 17.631,81 DM Unterhaltsrückstand für den Zeitraum März 1997 bis Oktober 1998 – nebst Zinsen – sowie ab dem 1. November 1998 monatlich 1.175,00 DM nebst 66,00 DM Vorsorgeunterhalt zu zahlen. 13

Der Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Er hat bereits das Bestehen eines Unterhaltsanspruches der Klägerin im Hinblick auf die von ihm behauptete eheähnliche Lebensgemeinschaft mit dem Zeugen Q2 in Frage gestellt. Im übrigen hat er die Ansicht vertreten, die Klägerin könne und müsse ihren Lebensunterhalt selbst sicherstellen. Jedenfalls sei er nicht leistungsfähig. Die Gewinne der GmbH seien kontinuierlich zurückgegangen, die Sparkasse T habe ihm schließlich die Kredite gesperrt, so 16

daß er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens habe beantragen müssen. Seine anschließenden Bewerbungsbemühungen hätten zu keinem Erfolg geführt.

Zudem seien von seinem früheren Geschäftsführergehalt die Zahlungen an die Krankenversicherung, an die BfA und in eine Lebensversicherung bei der B Lebensversicherung AG zur Alterssicherung abzuziehen. Ein höheres Gehalt als das ihm tatsächlich gezahlte sei angesichts des geschäftlichen Rückganges der GmbH auch nicht finanzierbar gewesen.

17

Das Amtsgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen Q2 zur Frage des Zusammenlebens mit der Klägerin sowie der Zeugin L zur Frage der Einkünfte des Beklagten in deren Firma.

18

Durch Urteil vom 16. November 2001 hat das Amtsgericht sodann die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte sei zur Zahlung von nachehelichem Unterhalt nicht mehr leistungsfähig. Sein Textilunternehmen habe einen stetigen wirtschaftlichen Rückgang verzeichnet, den sich auch die Klägerin entgegenhalten lassen müsse. Das vom Beklagten tatsächlich erzielte Einkommen reiche nicht aus, nach Zahlung des vorrangig zu leistenden Kindesunterhaltes noch Ehegattenunterhalt zu erbringen, wobei auch insbesondere die hohe Schuldenbelastung des Beklagten zu berücksichtigen sei.

19

Mit ihrer hiergegen eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin weiterhin einen allerdings reduzierten - Unterhaltsanspruch. Sie trägt nunmehr vor, dem Beklagten sei bis einschließlich 1999 ein bereinigtes Erwerbseinkommen von 2.100,00 DM monatlich verblieben, dem noch die Vorteile aus der privaten Nutzung des Betriebs-Pkw und des betrieblichen Telefons mit 350,00 DM insgesamt hinzuzurechnen seien. Außerdem seien ihm monatsanteilige Steuererstattungen in Höhe von mindestens 100,00 DM zuzurechnen sowie ein 13. Gehalt. Ziehe man davon den Unterhalt für die noch minderjährigen Kinder der Parteien ab, verblieben 1.720,00 DM monatlich und damit mehr als 200,00 DM monatlich für die Leistung des Ehegattenunterhalts. Diese Einkünfte seien auch für die Zeit ab März 2000 fortzuschreiben, da auch zu dem Verdienst bei der Firma L noch der Wert der privaten Benutzung des Betriebsfahrzeugs und des betrieblichen Telefons sowie eine anteilige Steuererstattung von 100,00 DM monatlich hinzuzurechnen seien. Daraus resultiere ein Einkommen von ca. 2.673,00 DM. Nach Abzug der monatlichen Zahlungen auf den Kindesunterhalt in Höhe von jetzt noch 830,00 DM verbliebe ein restliches Einkommen von 1.843,00 DM. Da der Beklagte jedoch das Textilunternehmen seiner Lebensgefährtin L tatsächlich wie sein früheres Unternehmen selbst betreibe, seien ihm die Einkünfte anzurechnen, die der Senat für das Ende der Trennungszeit in seinem Urteil vom 25. November 1996 errechnet habe. Schließlich sei auch zu berücksichtigen, daß der Beklagte seit Juli 1997 durchgehend mit seiner Lebensgefährtin Frau L zusammen in einem Haushalt lebe und mit dieser eine Lebens- und Wohngemeinschaft bilde, weshalb sein Selbstbehalt herabzusetzen sei.

20

Demgegenüber seien ihre eigenen Einkünfte als überobligatorisch entweder gänzlich anrechnungsfrei zu belassen oder jedenfalls nur zur Hälfte nach einem zuvor vorgenommenen Abzug von monatlichen Betreuungskosten in Höhe von 250,00 DM in eine Differenzberechnung einzustellen. Sie selbst lebe auch nicht mit Herrn O2, der eine eigene Wohnung unterhalte, in Lebensgemeinschaft, vielmehr sei sie mit diesem lediglich befreundet und treffe ihn nur etwa zweimal im Monat.

21

Die Klägerin beantragt,

22

23

in Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie monatlichen Unterhalt von 69,00 DM für die Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 1997, von 245,00 DM für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1999, von 200,00 DM für die Zeit vom 1. März bis 31. Dezember 2000, von 225,00 DM für die Zeit vom 1. Januar 2001 bis 28. Februar 2002 und von 175,53 € für die Zeit ab dem 01. März 2002 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Er verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen und weist insbesondere darauf hin, daß er aus der Insolvenz der Q GmbH persönlich für Schulden von mehr als 100.000,00 DM hafte. Deshalb sei ihm fiktiv ein Betrag von monatlich 800,00 DM bis 1.000,00 DM zur Rückführung dieser Verschuldung anrechnungsfrei zu belassen, wenn er diese Schulden auch mangels Liquidität derzeit nicht bediene. Bei den Unterhaltsberechnungen der Klägerin für die Jahre 1997 bis 1999 seien seine Krankenversicherungs- sowie Altersvorsorgebeiträge nicht in tatsächlicher Höhe berücksichtigt worden. Auch habe er kein 13. Gehalt bezogen, die Höhe des angerechneten Nutzungsvorteils für den Betriebs-Pkw sei unangemessen. Schließlich erhebe er erneut den Verwirkungseinwand wegen des Zusammenlebens der Klägerin mit dem Zeugen Q2 und behaupte, die Klägerin lebe seit 1998 mit dem Zeugen O – ähnlich wie vorher mit dem Zeugen Q2 – in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft, so daß ihr ein Versorgungsentgelt in Höhe von monatlich 700,00 DM zuzurechnen sei. 26

Er selbst habe bei der Firma L monatlich nur 2.053,00 DM verdient, weiterhin stehe ihm kein Firmen-Pkw mehr zur Verfügung. Wegen der schlechten Auftragslage habe ihm die Firma seiner Lebensgefährtin L zudem kündigen müssen, so daß er seit November 2001 arbeitslos sei. Darüber hinaus sei ihm wegen Trunkenheit im Straßenverkehr Anfang 2000 und erneut im Februar/März 2001 die Fahrerlaubnis entzogen und gegen ihn eine Sperrfrist verhängt worden, wobei er die Fahrerlaubnis bis heute nicht wiedererlangt habe. Dies erschwere seine Erwerbsbemühungen. 27

Der Senat hat die Parteien persönlich zur Sache angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Vermerk des Berichtstatters des Senats Bezug genommen. 28

Entscheidungsgründe: 29

Die zulässige Berufung hat nur zum Teil Erfolg. Sie führt für die Zeit ab Juli 1997 zu Unterhaltsansprüchen der Klägerin in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang. 30

I. 31

1. 32

Der Klägerin steht ein nachehelicher Unterhaltsanspruch gegen den Beklagten aus den §§ 1569, 1570, 1581 BGB zu. Im Zeitpunkt der Rechtskraft der Ehescheidung im Frühjahr 1997 hatte die Klägerin vier gemeinsame minderjährige Kinder zu betreuen und zu versorgen. Die beiden jüngsten Kinder sind nunmehr erst neun Jahre alt und besuchen noch die Grundschule, so daß eine Erwerbstätigkeit der betreuenden Kindesmutter nach der ständigen Rechtsprechung des Senats unverändert noch nicht zu erwarten ist. 33

2. 34

35

Das Maß des Unterhalts bestimmt sich gemäß § 1578 II BGB nach den fortzuschreibenden prägenden ehelichen Lebensverhältnissen der Parteien im Zeitpunkt der Scheidung. Diese waren durch das Erwerbseinkommen des Beklagten als Geschäftsführer der Q GmbH und durch die Hausfrauentätigkeit der Klägerin mit einem geringfügigen Nebenverdienst geprägt und stellen sich wie folgt dar:

a)

36

Auf Seiten des Beklagten ist bis zum Insolvenzantrag über das Vermögen der Q GmbH im Februar 2000 allein vom tatsächlich bezogenen Geschäftsführergehalt auszugehen, das ab März 1997 durchgehend brutto 3.500,00 DM (ohne die zusätzlichen Vorteile der privaten aus Pkw- und Telefonnutzung sowie den hälftigen Beitrag zur Krankenversicherung) betrug. Auf einen etwaigen Gewinn der Q GmbH kann nicht abgestellt werden, da diese keinen Gewinn, sondern nur Verluste erwirtschaftet hat. Selbst Korrekturen der Gewinn- und Verlustrechnung unter unterhaltsrechtlich gebotener Betrachtungsweise würden zu keinem Gewinn führen, zumal die Tätigkeit der Gesellschaft Anfang 2000 dann auch tatsächlich wegen Überschuldung eingestellt wurde. Entsprechend hat der Senat auch schon in seinem Urteil vom 25.11.1996 bei der Ermittlung der Einkünfte des Beklagten allein auf dessen tatsächlich erzielte Einkünfte aus seiner Geschäftsführertätigkeit abgestellt, wobei der Senat auch schon die Absenkung des Geschäftsführergehaltes auf damals 4.000,00 DM brutto als von der Klägerin angesichts der wirtschaftlichen Situation der GmbH unterhaltsrechtlich hinzunehmen eingestuft hat. Wird darüber hinaus die weitere negative Geschäftsentwicklung der GmbH, die nur mit einem weiteren Kreditengagement der Sparkasse T zunächst noch aufgefangen werden konnte und die dann doch zur Notwendigkeit der Stellung eines Insolvenzantrages sowie dessen Zurückweisung mangels Masse führte, berücksichtigt, so stellt sich auch die erneute Absenkung des Geschäftsführergehaltes des Beklagten auf schließlich 3.500,00 DM in dem hier maßgeblichen Unterhaltszeitraum als wirtschaftlich notwendig, sinnvoll und von der Ertragssituation der Gesellschaft bestimmt dar. Sie ist damit auch von den Unterhaltsgläubigern hinzunehmen und mitzutragen.

37

Diesem Gehalt des Beklagten ist – nach Herausrechnen der Position "PKW", "Tele" und "Sachbezug" - ein geldwerter Vorteil für die unentgeltliche private Nutzung des Firmen-Pkw sowie des Firmentelefons zuzurechnen, der entsprechend den Ausführungen des Senats in seinem Urteil vom 25.11.1996 mit 300,00 DM monatlich für das Fahrzeug und weiteren 50,00 DM monatlich für das Telefon zu bemessen ist.

38

Außerdem ist weiterhin unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen, daß der Beklagte infolge der Reise- und Bewirtungskosten private Vorteile hat, die der Höhe nach mit 1/5 zu bewerten sind. Diese Kosten beliefen sich im Jahre 1997 auf insgesamt 2.649,38 DM, so daß ein monatlicher Betrag von rund 44,00 DM einkommenserhöhend zu berücksichtigen ist, den der Senat auch für die Zeit bis einschließlich Dezember 1999 fortschreibt.

39

Abzuziehen sind die privaten Aufwendungen des Beklagten für die Krankenversicherung und die Pflegeversicherung, die Zahlungen an die BfA als Altersvorsorge sowie weiterhin – ebenfalls als Altersvorsorge – die monatliche Zahlung in eine private Lebensversicherung. Da der Beklagte während seiner Tätigkeit für die GmbH nur den Mindestbeitrag in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlte, der jedoch nicht seinem Bruttoeinkommen entspricht, muß ihm eine zusätzliche private Altersvorsorge durch Zahlung in eine Lebensversicherung zugestanden werden. Die hierfür dargelegte Prämie beläuft sich auf 267,30 DM monatlich und wird von der Klägerin nicht bestritten, so daß zuzüglich der Zahlungen an die BfA in Höhe von etwa 113,28 DM rund 381,00 DM insgesamt als monatliche Altersvorsorgebeitrag geleistet wird. Dieser Betrag bleibt deutlich unter dem üblichen Altersvorsorgebeitrag von

40

rund 20 % bei einem Bruttoeinkommen von 3.500,00 DM zurück und ist daher von der Klägerin hinzunehmen.

Im Januar 2000 bezog der Beklagte Krankengeld in Höhe von 2.234,96 DM, danach war er bis zum 31. März 2000 ohne Einkommen. 41

Ab April 2000 erzielte er als Angestellter bei der Firma L ein monatliches Bruttoeinkommen in Höhe von nur noch 3.000,00 DM. Dem Beklagten ist jedoch ab diesem Zeitpunkt durchgehend ein Erwerbseinkommen von 3.500,00 DM brutto = 2.234,00 DM netto entsprechend seinem früheren Einkommen bei der GmbH fiktiv zuzurechnen. Dieser Beurteilung liegen folgende Erwägungen zugrunde: 42

Bis Anfang 2000 hat der Beklagte noch versucht, seine Firma weiter zu betreiben, wobei auch unstreitig der bis dahin titulierte Kindesunterhalt durch ihn weitergezahlt wurde. Unterhaltsrechtlich ist ihm deshalb bis dahin kaum vorzuwerfen, seine bisherige Tätigkeit trotz des negativen Geschäftsergebnisses fortgeführt zu haben. Nach Stellung des Insolvenzantrages war er jedoch unterhaltsrechtlich verpflichtet, sich um eine andere Erwerbstätigkeit zu bemühen, wobei ihm allerdings bis einschließlich März eine Übergangsphase zuzubilligen ist. Vor dem Hintergrund der bisherigen Arbeitsbiographie des Beklagten ist der Senat überzeugt, daß er bei Entfaltung der gebotenen Erwerbsbemühungen eine seiner bisherigen Tätigkeit vergleichbar vergütete Beschäftigung hätte finden können. Die Einkommensfiktion ist aber auch auf der Grundlage seiner seit April 2000 tatsächlich ausgeübten Tätigkeit in der Firma seiner Lebensgefährtin gerechtfertigt. Wie die persönliche Anhörung des Beklagten durch den Senat nämlich ergeben hat, führt er diese nur nominell von seiner branchenfremden Lebensgefährtin geleitete Firma selbst und bringt dort auch seine Kontakte zu Geschäftspartnern ein. Unabhängig von seiner nur formalen Stellung als Angestellter übt der Beklagte seine frühere Tätigkeit weiterhin aus. Davon muß der Senat nach den Angaben des Beklagten im Senatstermin auch über die Zeit der Kündigung im Oktober 2001 hinaus ausgehen. Unverändert betreibt er die Geschäfte der Firma seiner Lebensgefährtin. Unter Berücksichtigung dieser Gesamtumstände ist es deshalb gerechtfertigt, ihm auch fiktiv ein gleich hohes Bruttogehalt wie im vorausgehenden Zeitraum zuzurechnen. Der Senat hat dabei berücksichtigt, daß die vom Beklagten im Senatstermin mitgeteilten Geschäftsergebnisse der Firma L eine derartige Beurteilung erlauben. Eine Einschränkung seiner Erwerbsfähigkeit wird von dem Beklagten nicht mehr behauptet. 43

Ein Pkw-Vorteil ist dem Beklagten nach Beendigung seiner Tätigkeit für die Q GmbH nicht mehr zuzurechnen, zumal er nach dem zweimaligen Entzug seines Führerscheins selbst kein Fahrzeug mehr führen kann. Auch kann ihm ein Nutzungsvorteil für die unentgeltliche Nutzung des Firmentelefons der Firma, bei der er lediglich Angestellter ist, nicht zugerechnet werden. Eine etwaige Gestattung durch den Firmeninhaber wäre überdies als unentgeltliche Zuwendung eines Dritten anzusehen, die jedenfalls nach dem Willen des Zuwendenden nicht zu Gunsten der Unterhaltsgläubiger einkommenserhöhend angesetzt werden könnte. Die gleiche Erwägung greift hinsichtlich etwaiger von Frau L für den Beklagten durchgeführter privater Fahrten – geschäftliche sind ohnehin der Firma L zuzurechnen – ein. Diese können deshalb ebenfalls nicht als geldwerte Vorteile einkommenserhöhend auf Seiten des Beklagten berücksichtigt werden, zumal der Beklagte hierauf auch keinerlei Anspruch gegenüber Frau L hat. 44

Als Einkommen sind dagegen die Steuererstattungen zu berücksichtigen. Für das Jahr 1996 hat der Beklagte trotz entsprechender Auflage einen Steuerbescheid nicht vorgelegt, so daß der Senat den 1997 zugeflossenen Betrag zu schätzen hat. Gemäß Steuerbescheid vom 25.11.1999 erhielt er für das Jahr 1998 nach Abzug der Steuerberaterkosten eine 45

Steuererstattung in Höhe von 1.909,28 DM. Der Steuererstattungsbetrag in den vorausgehenden Jahren 1997 und 1998 kann daher jeweils auf einen gleich hohen Betrag eingeschätzt werden, was zu monatsanteilig 159,10 DM führt. Im Jahre 2000 hat der Beklagte 674,17 DM erstattet erhalten, abzüglich Beratungskosten in Höhe von 414,00 DM ergibt sich ein monatsanteiliger Betrag von rund 21,70 DM. Im Jahre 2001 ist dem Beklagten eine Steuererstattung über 988,17 € zugeflossen, wobei Beratungskosten nicht dargelegt sind, so daß sich ein monatsanteiliger Betrag von 82,35 € (= 161,06 DM) ergibt, der auch für das Jahr 2002 zugrundegelegt werden kann.

Schuldentilgungen sind auf seiten des Beklagten einkommensmindernd nicht zu berücksichtigen, da der Beklagte selbst einräumt, keinerlei Zahlungen auf die Verbindlichkeiten der Q GmbH, für die er selbst ebenfalls haftet, zu leisten.

b)

Das Einkommen der Klägerin belief sich in den Jahren 1997 und 1998 auf monatsdurchschnittlich netto 252,00 DM. Im Jahre 1999 erhöhte sich das durchschnittliche Einkommen auf netto 535,50 DM (3 Monate zu jeweils 252,00 DM und 9 Monate zu jeweils 630,00 DM). Seit Anfang 2001 erzielt die Klägerin ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von 2.137,65 DM (Nettoeinkommen nach der Dezember-Abrechnung 25.651,79 DM : 12). Abzüglich des Nettoanteils der vermögenswirksamen Leistung des Arbeitgebers von jährlich 780,00 DM mit 73,76 % verbleibt ein monatliches Nettoeinkommen von 2.089,70 DM.

Für den Zeitraum Juli bis Dezember 1997 ist der Klägerin darüberhinaus ein fiktives Versorgungsentgelt in Höhe von monatlich 300,00 DM zuzurechnen. Unstreitig war sie mit dem Zeugen Q2 von Ende Juni 1997 bis Anfang Januar 1998 eng befreundet; nach dessen Vernehmung als Zeuge vor dem Amtsgericht hielt er sich regelmäßig an den Wochenenden und teilweise auch in der Woche in ihrer Wohnung auf. Es ist deshalb davon auszugehen, daß er in dieser Zeit von der nur stundenweise berufstätigen Klägerin auch versorgt wurde, so daß jedenfalls eine Teilversorgung vorlag, die der Senat mit 300,00 DM bewertet und in dieser Höhe als Einkommen der Klägerin zu berücksichtigt.

Demgegenüber ist der Klägerin für eine Versorgung des Zeugen O für den Zeitraum ab Anfang 2001 – für den davorliegenden Zeitraum kommt es auf die eventuelle Zurechnung eines fiktiven Versorgungsentgeltes wegen nur eingeschränkter Leistungsfähigkeit des Beklagten, wie noch dargelegt wird, ohnehin nicht an – ein Versorgungsentgelt nicht zuzurechnen. Ab Beginn des Jahres 2001 ist die Klägerin vollschichtig berufstätig und versorgt und betreut daneben noch zwei Kinder im Grundschulalter, so daß sie zur Erbringung wesentlicher vergütungspflichtiger Versorgungsleistungen schon rein tatsächlich nicht in der Lage sein wird. Berücksichtigt man weiter, daß der Zeuge O unstreitig eine eigene Wohnung unterhält und sich auch nur gelegentlich bei der Klägerin aufhält, kommt die Zurechnung eines fiktiven Versorgungsentgeltes nicht mehr in Betracht, worauf auch der Beklagte nach der Erörterung im Senatstermin nicht mehr abgehoben hat.

3.

Da die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien (§ 1578 BGB) auch durch den Unterhalt für ihre Kinder geprägt waren, beeinflusst der Kindesunterhalt den Unterhaltsanspruch der Klägerin.

Dem Kindesunterhalt ist nach dem Willen der Klägerin vor ihrem eigenen Unterhalt sogar der Vorrang einzuräumen. Denn sie hat sowohl bei der Berechnung ihres Unterhaltsanspruches in erster Instanz als auch in zweiter Instanz vom errechneten bereinigten Erwerbseinkommen des Beklagten zunächst den titulierten Kindesunterhalt – soweit er noch geschuldet wird – abgezogen und sodann ihren Anspruch in Höhe der Differenz zwischen dem verbleibenden Restbetrag und dem dem Beklagten zu belassenden Selbstbehalt errechnet. Dabei ist allerdings nicht vom tatsächlichen Kindesunterhaltsanspruch nach den jeweiligen aktuellen Tabellenwerten unter Beachtung des jeweiligen Alters der Kinder auszugehen, sondern nur von den durch die notariellen Urkunden aus den Jahren 1994 und 1995 titulierten und von keiner Partei angefochtenen Unterhaltsbeträgen. Höhere Beträge sind vom Beklagten zu keinem Zeitpunkt eingefordert oder von ihm gezahlt worden, mangels Inverzugsetzung können auch rückwirkend keine höheren Beträge beansprucht werden. Deshalb ist insoweit keine Mangelverteilung vorzunehmen, sondern es ist nur der jeweilige Kindesunterhalt mit dem Zahlungsbetrag vorab abzuziehen, der zudem auch unterhalb der nach der ersten Einkommensgruppe zu zahlenden Beträge liegt, so daß wegen des Unterbleibens der Kindergeldanrechnung gemäß § 1612 b Abs. 5 BGB kein Zuschlag zur Ermittlung eines "Tabellenbetrages" vorzunehmen ist. Somit ist bis einschließlich Februar 2000 ein Gesamtbetrag von 1.172,01 DM für alle vier Kinder, nach Wegfall des Unterhaltsanspruches des Sohnes O ab März 2001 ein Betrag von noch 830,16 DM und nach Fortfall des Anspruches auch des Sohnes E ab Anfang März 2002 noch ein Betrag von 553,44 DM = 282,97 € zu berücksichtigen.

4. 54

Der Unterhaltsanspruch der Klägerin wird schließlich durch die Leistungsfähigkeit des Beklagten begrenzt (§§ 1581, 1603 BGB). Dabei ist dem Unterhaltspflichtigen regelmäßig der sog. notwendige Selbstbehalt von 1.500,00 DM, 1.540,00 DM und 840 € zu belassen (vgl. Ziffer 22 I Hammer Leitlinien). 55

Der notwendige Selbstbehalt des Beklagten ist aber für den Zeitraum bis Ende Juni 2001 auf 1.095,00 DM, danach auf 1.197,20 DM bzw. ab Januar 2002 auf 613,20 € abzusenken. Denn der Beklagte lebt jedenfalls seit Juli 1997 durchgehend in einer Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft mit der Zeugin L, die als Inhaberin einer Einzelhandelsfirma ebenfalls erwerbstätig ist. Dies rechtfertigt es nach ständiger Rechtsprechung des Senats in dem hier gegebenen Mangelfall, den dem Beklagten im Verhältnis zur Klägerin an sich zu belassenden notwendigen Selbstbehalt wegen ersparter Lebenshaltungskosten um 27 % auf 73 % des dafür in den Leitlinien jeweils vorgesehenen Betrages herabzusetzen (vgl. auch Ziffer 14 II der Hammer Leitlinien). 56

5. 57

Eine Herabsetzung oder gar ein Ausschluß des Unterhaltsanspruches der Klägerin gemäß § 1579 Nr. 7 BGB wegen ihrer Beziehung zum Zeugen Q2 scheitert jedenfalls schon an der kurzen Dauer dieser Beziehung von lediglich rund 6 Monaten, in der sich weder eine auf Dauer angelegte eheähnliche Gemeinschaft herausgebildet hat noch eine fest sozio-ökonomische Verbindung, in der die Klägerin ihr Auskommen hätte finden können. Dies gilt aber auch im Hinblick auf die Beziehung zu Herrn O, die selbst nach dem Vortrag des Beklagten ebenfalls noch – nicht die Qualität einer eheähnlichen Gemeinschaft erreicht hat, die dem Beklagten die weitere ungekürzte – Zahlung von Unterhalt unumutbar machte. 58

6. 59

Das von der Klägerin erzielte Erwerbseinkommen stammt in vollem Umfange aus überobligatorischer Tätigkeit. Angesichts der Betreuung und Versorgung von zwei minderjährigen Kindern im Alter von nunmehr erst 9 Jahren, die die Grundschule besuchen, ist ihr nach allgemeiner Auffassung und ständiger Rechtsprechung des Senats keine Erwerbstätigkeit zumutbar (vgl. z.B. BGH FamRZ 1996, 1067; Ziff. 30 Abs. 1 Hammer Leitlinien). Besondere Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigten, sind nicht dargetan.

a)

61

Dieses Einkommen der Klägerin aus unzumutbarer Arbeit ist als eheprägend im Wege der Differenzmethode zu berücksichtigen. Soweit der BGH in seiner früheren Rechtsprechung (z.B. FamRZ 1998, 1501) die Auffassung vertreten hat, Einkünfte aus unzumutbarer Arbeit könnten nicht als die ehelichen Lebensverhältnisse prägend angesehen werden, hält der Senat dies mit der geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH NJW 2001, 2254 = FamRZ 2001, 986 und Bundesverfassungsgericht FamRZ 2002, 527) nicht mehr vereinbar. Denn die Erwerbstätigkeit nach Trennung und Scheidung ist nun generell als Surrogat der bisherigen Haushaltsführung und Kinderbetreuung anzusehen, ohne daß darauf abzustellen wäre, ob die Arbeit wegen des Alters des betreuten Kindes überhaupt schon zumutbar ist. Dies folgert der Senat auch unmittelbar aus einer weiteren Entscheidung des BGH vom 05.09.2001 (FamRZ 2001, 1667 = NJW 2001, 3618). Dort wird ausdrücklich darauf abgehoben, daß die neue Rechtslage, also der Übergang von der Anrechnungs- zur Differenzmethode, auch die Fälle erfaßt, "in denen ein Erwerbseinkommen des unterhaltsberechtigten Ehegatten bisher nicht als eheprägend in die Bedarfsbemessung einbezogen, wurde weil es durch eine unzumutbare und die ehelichen Lebensverhältnisse deshalb nicht nachhaltig prägende Erwerbstätigkeit erzielt wurde." Da die Klägerin ihre vollschichtige Erwerbstätigkeit hier neben der Kinderbetreuung ausüben kann, sieht der Senat das Entgelt aus dieser überobligatorischen Tätigkeit insgesamt als Surrogat des wirtschaftlichen Wertes ihrer früheren Haushaltsführungstätigkeit in der Ehe an (so auch OLG Karlsruhe, NJW 2002, 900; OLG Köln, NJW 2001, 3716; Gerhardt, FuR 2001, 433, 435; Büttner, NJW 2001, 3244, 3245; Büttner/Niepmann NJW 2002, 2283, 2285; Niepmann, MDR 2002, 794, Scholz, FamRZ 2002, 733, 734 und Bäumel, FPR 2002, 31), ohne daß es darauf ankommt, daß die Klägerin die Erwerbstätigkeit erst nach Trennung/Scheidung aufgenommen bzw. ausgeweitet hat.

62

b)

63

Entscheidend für die Höhe des Unterhaltsanspruches der Klägerin ist, in welchem Umfang ihr Einkommen aus der überobligatorischen Tätigkeit im Rahmen der Differenzmethode zu berücksichtigen ist.

64

Dabei bedarf es nach Auffassung des Senats keiner weiteren Begründung, daß zunächst der von der Klägerin als Unterhaltsberechtigter konkret dargelegte Betreuungsaufwand, der ihre überobligatorische Erwerbstätigkeit erst ermöglicht, vorab einkommensmindernd zu berücksichtigen ist (vgl. auch Ziff. 30 Abs. 2 der Hammer Leitlinien). Die Klägerin hat dazu unangegriffen angegeben, daß die beiden Kinder nach dem Besuch der Schule eine Nachbarin aufsuchen, die den Kindern ein Mittagessen bereitet, wofür die Klägerin je Mahlzeit und Kind 5,00 DM zu zahlen hat. Darüber hinaus wird die Betreuung und Versorgung der beiden Kinder während der Schulferienzeiten – in denen die Klägerin angesichts des ihr zur Verfügung stehenden Urlaubsanspruches die Betreuung nicht durchgängig selbst sicherstellen kann – durch Freizeitaufenthalte der Kinder gewährleistet, zu deren Kosten die Klägerin jedenfalls Zuzahlungen zu erbringen hat. Auf der Grundlage dieser

65

Darlegungen schätzt der Senat die der Klägerin entstehenden konkreten Betreuungskosten je Kind auf monatsdurchschnittlich 110,00 DM bzw. laufend 57,00 €.

Für die Berücksichtigung des darüberhinausgehenden überobligatorisch erzielten Einkommens der Klägerin bieten sich mehrere Lösungsmöglichkeiten an. Im Vordergrund steht – wie bisher im Rahmen der Anrechnungsmethode – ein Vorgehen nach § 1577 Abs. 2 BGB, d.h. regelmäßig eine nur hälftige Berücksichtigung dieses Einkommens. Diese Berechnungsweise wird vom OLG Karlsruhe (NJW 2002, 900 = FamRB 2002, 133) und wohl auch von Büttner (NJW 2001, 3244, 3245) vorgeschlagen. 66

Dem steht die reine Bonuslösung gegenüber, die dem überobligatorisch erwerbstätigen Unterhaltsberechtigten – neben den konkreten Betreuungskosten – einen Teil des Erwerbseinkommens als abstrakten Betreuungsbonus anrechnungsfrei beläßt. Dieser Lösungsweg wird angeregt von Scholz (FamRZ 2002, 733, 734), Graba (FamRZ 2002, 715, 720) und Gerhardt (FuR 2001, 433, 435). Auch der 14. Deutsche Familiengerichtstag hat diese Vorgehensweise empfohlen (vgl. Gerhardt, FuR 2002, 433, 435). 67

Schließlich kann erwogen werden, die verschiedenen Lösungswege zu kombinieren. So hat das OLG Köln (NJW 2001, 3716) auf seiten des Unterhaltsberechtigten zunächst den konkreten Betreuungsaufwand berücksichtigt, sodann einen abstrakten Betreuungsbonus gewährt und schließlich das Resteinkommen nach § 1577 Abs. 2 BGB zur Hälfte in eine Differenzberechnung eingestellt. 68

Welchem Lösungsweg der Vorzug zu geben ist, richtet sich nach Auffassung des Senats danach, ob der jeweilige Lösungsweg zu einem angemessenen Ergebnis führt, d.h. ob das gefundene Ergebnis dem Halbteilungsgrundsatz noch hinreichend gerecht wird und die überobligatorische Erwerbstätigkeit ausreichen privilegiert. Der Senat hat deshalb auf der Grundlage der Einkommenszahlen der Parteien für Januar 2001, dem Beginn der vollschichtigen und überobligatorischen Erwerbstätigkeit der Klägerin, Unterhaltsberechnungen nach den verschiedenen Lösungswegen vorgenommen. 69

Auszugehen war dabei auf seiten des Beklagten von einem anrechenbaren Einkommen in Höhe von 1.565,00 DM (3.500,00 DM fiktives Bruttoeinkommen = 2.234,00 DM Nettoeinkommen zuzüglich 161,06 DM monatsanteilige Steuerrückerstattung und abzüglich 830,16 DM titulierter und gezahlter Kindesunterhalt). Der notwendige Selbstbehalt des Beklagten, der wegen des Zusammenlebens mit seiner Lebensgefährtin herabzusetzen ist, beträgt 1.095,00 DM (1.500,00 DM – 27 %). Das Nettoeinkommen der Klägerin aus ihrer vollschichtigen Tätigkeit ist mit 2.090,00 DM anzusetzen. Die von ihr aufgewendeten konkreten Betreuungskosten belaufen sich auf monatlich 220,00 DM. 70

aa) 71

Bei einer Unterhaltsberechnung nach der Anrechnungsvorschrift des § 1577 Abs. 2 BGB (vgl. zur bisherigen Rechtsprechung des BGH: NJW 1983, 933 = FamRZ 1983, 146 und Ziff. 31 Abs. 2 Hammer Leitlinien) bleibt – in einem ersten Berechnungsschritt – die Differenz zwischen dem – ohne die überobligatorischen Einkünfte zu ermittelnden – geschuldeten Unterhalt und dem vollen Unterhalt anrechnungsfrei. Der volle Unterhalt der Klägerin belief sich hier ohne Berücksichtigung ihres Einkommens auf 671,00 DM, nämlich 3/7 des anrechenbaren Einkommens des Beklagten in Höhe von 1.665,00 DM. Der geschuldete Unterhalt beträgt angesichts eingeschränkter Leistungsfähigkeit der Beklagten aber nur 470,00 DM (1.565,00 DM abzüglich abgesenkter Selbstbehalt von 1.095,00 DM). In Höhe der Differenz zwischen geschuldetem Unterhalt und vollem Unterhalt (671,00 DM – 470,00 DM = 72

201,00 DM) bleibt das überobligatorische Einkommen der Klägerin anrechnungsfrei, weil sie diesen Einkommensbestandteil vorab zur Auffüllung des geschuldeten Unterhalts bis zu ihrem vollen Unterhalt heranziehen darf.

In einem zweiten Berechnungsschritt ist das Resteinkommen der Klägerin nach Billigkeit, das ist in aller Regel zur Hälfte, unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen. Das Resteinkommen beläuft sich auf 1.669,00 DM, nämlich 2.090,00 DM abzüglich konkreter Betreuungsaufwand 220,00 DM und abzüglich 201,00 DM anrechnungsfreier Betrag aus der ersten Berechnungsstufe nach § 1577 Abs. 2 BGB. Dieser Restbetrag von 1.669,00 DM ist zur Hälfte, also in Höhe von 834,50 DM "anrechenbar", d.h. er ist nunmehr in die Differenzberechnung einzustellen. Anrechnungsfrei verbleibt dagegen ein Betrag in Höhe von insgesamt 1.255,50 DM (220,00 DM Betreuungskosten, 201,00 DM und 834,50 DM anrechnungsfreier Betrag nach § 1577 Abs. 2 BGB). 73

Der nach der Differenzmethode berechnete Unterhaltsanspruch der Klägerin beläuft sich danach auf 313,00 DM ($1.565,00 \text{ DM} - 834,50 \text{ DM} \times 3/7$). Nach bisheriger Rechtsprechung, also in Anwendung der Anrechnungsmethode, stünde der Klägerin kein Unterhaltsanspruch zu. Denn die gemäß § 1577 Abs. 2 BGB als anrechenbar ermittelten 834,50 DM waren auf den – ohne das Einkommen der Klägerin – geschuldeten Unterhalt von 470,00 DM anzurechnen. 74

Die Berücksichtigung des Einkommens der Klägerin in Anwendung der Regeln des § 1577 Abs. 2 BGB beließe dem Beklagten ein Einkommen in Höhe von 1.252,00 DM ($1.565,00 \text{ DM} - 313,00 \text{ DM Unterhalt}$), der Klägerin hingegen ein solches in Höhe von 2.183,00 DM ($2.090,00 \text{ DM} - 220,00 \text{ DM konkret Betreuungskosten zuzüglich } 313,00 \text{ DM Unterhalt}$). 75

bb) 76

Zu einem deutlich geringeren Unterhaltsanspruch führte die Anwendung der Bonuslösung in Verbindung mit der Berücksichtigung konkreter Betreuungskosten. Der Klägerin wäre ein sog. abstrakter Betreuungsbonus zum Ausgleich der mit ihrer überobligatorischen Erwerbstätigkeit verbundenen Erschwernisse zu gewähren. Dieser richtet sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach dem Alter des zu betreuenden Kindes und dem Ausmaß der mit Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit verbundenen Erschwernisse, erreicht aber nicht den jeweiligen Barunterhalt nach der Unterhaltstabelle (vgl. z.B. Ziff. 30 Abs. 2 Satz 2, 21 Abs. 2 Satz 2 Hammer Leitlinien). Angesichts des Alters der beiden Zwillingsskinder, der schon berücksichtigten konkreten Betreuungskosten sowie der Einkommensverhältnisse der Klägerin bemisst der Senat vorliegend den abstrakten Betreuungsbonus mit 250,00 DM je Kind. 77

Das für die Unterhaltsberechnung zu berücksichtigende Einkommen der Klägerin würde sich danach auf 1.370,00 DM belaufen, nämlich 2.090,00 DM abzüglich 220,00 DM konkrete Betreuungskosten und abzüglich 500,00 DM abstrakter Betreuungsbonus. Anrechnungsfrei verbliebe ein Betrag in Höhe von nur 720,00 DM aus abstraktem und konkretem Betreuungsbonus. Der Unterhaltsanspruch der Klägerin beläuft sich dann auf 84,00 DM ($1.565,00 \text{ DM anrechenbares Einkommen des Beklagten} - 1.370,00 \text{ DM anrechenbares Einkommen der Klägerin} \times 3/7$). 78

Bei Anwendung dieser Berechnungsmethode verblieben dem Beklagten 1.481,00 DM ($1.565,00 \text{ DM} - 84,00 \text{ DM}$), der Klägerin hingegen 1.954,00 DM ($2.090,00 \text{ DM} - 220,00 \text{ DM} + 84,00 \text{ DM}$). 79

cc)

Die von dem OLG Köln (NJW 2001, 3716) gewählte Kombination beider dargestellter Lösungsmöglichkeiten – allerdings unter Verzicht auf den ersten Berechnungsschritt nach § 1577 Abs. 2 BGB - führt zu einem noch höheren Unterhaltsanspruch der Klägerin als bei der Anwendung nur der Regeln des § 1577 Abs. 2 BGB. Das in die Unterhaltsberechnung einzustellende Einkommen der Klägerin wäre zunächst, wie bei der Bonuslösung, mit 1.370,00 DM anzunehmen (2.090,00 DM – 220,00 DM konkrete Betreuungskosten – 500,00 DM abstrakter Betreuungsbonus). Dieses Einkommen wäre aber nur hälftig mit 685,00 DM in die Differenzberechnung einzubringen, so daß sich ein Unterhaltsanspruch der Klägerin von 377,00 DM ergäbe (1.565,00 DM – 685,00 DM x 3/7). Dem Beklagten verblieben lediglich 1.188,00 DM (1.565,00 DM – 377,00 DM), die Klägerin käme auf 2.247,00 DM (2.090,00 DM – 220,00 DM + 377,00 DM).

81

dd)

Die vorstehenden Berechnungen machen nach Auffassung des Senats deutlich, daß die Lösungsmöglichkeiten unter Anwendung des § 1577 Abs. 2 BGB zu keinen angemessenen Ergebnissen führen, weil die unterhaltsberechtigten Klägerinnen damit über deutlich höhere Beträge verfügte als der pflichtige Beklagte. Bei der Kombinationslösung des OLG Köln verblieben dem Beklagten nur etwa die Hälfte der Mittel der Klägerin, aber auch nach der Berechnungsweise aa) (1.252,00 DM zu 2.183,00 DM) blieben dem Beklagten nur 57 % des Betrages, über den die Klägerin verfügte. In beiden Fällen würde der Beklagte auf Beträge deutlich unter dem regelmäßigen notwendigen Selbstbehalt von 1.500,00 DM und nur knapp über dem abgesenkten Selbstbehalt von 1.095,00 DM verwiesen. Der allgemein anerkannte Halbteilungsgrundsatz, wonach jedem Ehegatten grundsätzlich die Hälfte des verteilungsfähigen Einkommens zuzubilligen ist (vgl. Wendl/Gerhardt, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 5. Auflage, § 4 Rn. 359 mit Rechtsprechungsnachweisen) und der hier – ohne Korrektur – zu einer Aufteilung von (1.565,00 DM + 2.090,00 DM : 2 =) 1.827,50 DM je Ehegatten führte, ist deutlich verfehlt. Dabei ist allerdings zu beachten, daß wegen der Privilegierung der Einkünfte der Klägerin aus überobligatorischer Erwerbstätigkeit eine Abweichung vom Halbteilungsgrundsatz geboten ist. Die mit den Lösungsmöglichkeiten aa) und cc) verbundenen Abweichungen vom Halbteilungsgrundsatz hält der Senat allerdings für unangemessen. Dagegen erscheint die Lösungsmöglichkeit bb), also die reine Bonuslösung i.V.m der Berücksichtigung konkreter Betreuungskosten nach Auffassung des Senats besser geeignet, diese Privilegierung angemessen zu berücksichtigen. Die Relation der verbleibenden Einkünfte von 1.481,00 DM zu 1.954,00 DM wird einem modifizierten Halbteilungsgrundsatz und dem Gebot der Privilegierung überobligatorischer Tätigkeit eher gerecht, auch vor dem Hintergrund des § 1581 BGB. Dabei ist auch beachtet, daß die Klägerin damit immerhin deutlich besser steht als nach der alten Rechtsprechung (Anrechnungsmethode), wie oben dargelegt.

82

83

Die Vorschrift des § 1577 Abs. 2 BGB paßt dagegen – wie bisher – für Unterhaltsberechnungen nach der Anrechnungsmethode. Der Senat hält daher diese Vorschrift künftig nur noch für anwendbar auf solche überobligatorische Einkünfte des Unterhaltsberechtigten, die auch nach der neuen Rechtsprechung weiterhin nach der Anrechnungsmethode zu beurteilen sind (vgl. etwa die Zusammenstellung bei Büttner/Niepmann, NJW 2002, 2283, 2286). Die Einstellung nach den Regeln des § 1577 Abs. 2 BGB berücksichtigter überobligatorischer Einkünfte des Berechtigten in eine Differenzberechnung führte nach der Überzeugung des Senats zu einer Überprivilegierung der überobligatorischen Einkünfte, und zwar ganz besonders bei höheren Einkünften des

84

Berechtigten, wie sie hier auf seiten der Klägerin vorliegen.

Die Berechnungsmethode nach § 1577 Abs. 2 BGB erscheint aber auch bei Einkünften des Unterhaltsberechtigten im Bereich eines Geringverdienereinkommens ungeeignet zu sein, sie dürfte in diesen Fällen zu einer Benachteiligung des Unterhaltsberechtigten führen. Während nämlich geringes Einkommen von einem abstrakten Betreuungsbonus – besonders bei mehreren Kindern – aufgezehrt werden wird, bleibt bei Anwendung des § 1577 Abs. 2 BGB die Hälfte auch des Geringverdienereinkommens in die Unterhaltsberechnung einstellbar. 85

Die vom Senat favorisierte Lösung – abstrakter Betreuungsbonus und konkreter Betreuungsaufwand – gibt über die Bemessung des Betreuungsbonus' hinreichend Spielraum, um dem Halbteilungsgrundsatz einerseits und der Privilegierung des Einkommens aus überobligatorischer Tätigkeit andererseits jeweils angemessen Rechnung zu tragen. Hinzu kommt der Gesichtspunkt, daß mit der Bonuslösung ein Gleichlauf mit der unterhaltsrechtlichen Behandlung des überobligatorisch erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen erreicht wird, dem der Senat in Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur seit jeher für die Betreuung minderjähriger Kinder nur einen Betreuungsbonus eingeräumt hat. 86

II. 87

Auf der Grundlage der vorstehenden Überlegungen ist der Unterhaltsanspruch der Klägerin wie folgt zu berechnen: 88

1. In der Zeit vom 15. März 1997 bis 30. Juni 1997 ist der Beklagte leistungsunfähig: 89

Einkommen der Beklagten: 90

Gesamtbrutto 56.811,92 DM = netto 43.683,29 DM : 12 = monatlich 3.640,27 DM 91

abzüglich abeitlegeberseitige Zuwendung Sachbezug Pkw/Telefon 909,00 DM 92

abzüglich KV/PV (Krankenversicherung/Pflegeversicherung) 93

jahresdurchschnittlich 567,34 DM 94

abzüglich BfA-Beitrag 113,28 DM 95

abzüglich Beitrag Aachener und Münchener Lebensversicherung AG 267,30 DM 96

zuzüglich Nutzungsvorteil Pkw/Telefon – vom Senat bewertet mit 350,00 DM 97

zuzüglich Vorteil Reise- und Bewirtungskosten 44,00 DM 98

zuzüglich Steuererstattung im Jahre 1997 159,10 DM 99

2.336,45 DM 100

abzüglich titulierter Kindesunterhalt mit Vorrang 1.172,00 DM 101

verbleiben: 1.164,45 DM. 102

103

Bei einem Selbstbehalt von 1.500,00 DM ist der Beklagte damit nicht leistungsfähig, ein Unterhaltsanspruch der Klägerin besteht nicht.

2. 1. Juli bis 31. Dezember 1997	104
Änderungen ergeben sich insoweit, als nunmehr der Selbstbehalt des Beklagten wegen des Zusammenlebens mit der Zeugin L von 1.500,00 DM auf 1.095,00 DM herabzusetzen ist, so daß der Beklagte in Höhe von (1.164,45 DM – 1.095,00 DM =) 69,00 DM (= 35,28 €) leistungsfähig ist. Dieser Betrag wird auch geschuldet, weil er den Bedarf der Klägerin selbst bei Einstellung ihres gesamten Einkommens von 252,00 DM und des fiktiven Versorgungsentgelts in die Differenzberechnung nicht übersteigt.	105
3. In der Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1998 ist der Beklagte erneut leistungsunfähig:	106
Gesamtbruttoeinkommen des Beklagten 49.125,19 DM =	107
netto 38.504,98 DM : 12 = monatlich 3.208,75 DM	108
abzüglich Sachbezug Pkw/Telefon durchschnittlich 915,00 DM	109
abzüglich KV/PV 579,66 DM	110
abzüglich BfA-Beitrag 125,86 DM	111
abzüglich Lebensversicherungsbeitrag 267,30 DM	112
zuzüglich Nutzungsvorteil Pkw/Telefon 350,00 DM	113
zuzüglich Vorteil Reise- und Bewirtungskosten 44,00 DM	114
zuzüglich Steuererstattung in 1998 <u>159,10 DM</u>	115
1.874,03 DM	116
abzüglich titulierter Kindesunterhalt <u>1.172,00 DM</u>	117
verbleiben: 702,00 DM.	118
Der abgesenkte Selbstbehalt des Beklagten beläuft sich auf 1.095,00 DM, so daß er zur Leistung von zusätzlichem Ehegattenunterhalt nicht mehr in der Lage ist.	119
4. 1. Januar bis 31. Dezember 1999	120
Eine Abrechnung für Dezember 1999 liegt nicht vor, lediglich der Steuerbescheid für dieses Jahr. Danach wurde ein Bruttoeinkommen von 46.942,00 DM und damit um insgesamt 2.183,19 DM weniger als im Vorjahr erzielt, also lediglich 95,55 % des Vorjahreseinkommens. Geht man von diesem Prozentsatz aus, ist das Nettoeinkommen (95,55 % von 38.504,98 DM im Vorjahr) auf 36.791,51 DM und damit auf monatlich 3.065,96 DM einzuschätzen.	121
Abziehen sind hiervon der Sachbezug Telefon mit 50,00 DM: Der Sachbezug für die Pkw-Nutzung wurde nur noch im Januar 1999 in Höhe von 866,47 DM in den Bruttolohn eingestellt	122

und als Sachbezug abgezogen, so daß nur 1/12 dieses Betrages und damit monatsanteilig 72,21 DM zuzüglich 50,00 DM monatlich für das Telefon und damit monatlich insgesamt 122,21 DM vom Gesamteinkommen abzuziehen sind. Es ergibt sich dann ein durchschnittliches monatliches Einkommen von 2.943,75 DM

abzüglich KV/PV 589,83 DM 123

abzüglich BfA-Beitrag 127,86 DM 124

abzüglich Lebensversicherungsbeitrag 267,30 DM 125

zuzüglich Nutzungsvorteil Pkw/Telefon 350,00 DM 126

zuzüglich Vorteil Reise- und Bewirtungskosten 44,00 DM 127

zuzüglich Steuererstattung 159,10 DM 128

2.511,86 DM 129

abzüglich titulierter Kindesunterhalt 1.172,00 DM 130

1.339,86 DM. 131

Der Beklagte ist jedoch nur in Höhe von (1.339,86 DM – gekürzter Selbstbehalt von 1.095,00 DM) 244,86 DM (= 125,20 €) leistungsfähig. Dieser Betrag wird von dem Beklagten auch geschuldet, denn selbst bei einer – allerdings nicht gerechtfertigten – vollen Berücksichtigung des Einkommens der Klägerin von jetzt 535,50 DM in einer Differenzberechnung würde sich kein geringerer Unterhaltsanspruch ergeben. 132

5. In der Zeit vom 1. Januar 2000 bis 31. März 2000 ist der Beklagte wieder leistungsunfähig: 133

Sein durchschnittliches Monatseinkommen beläuft sich im gesamten Jahr 2000 auf netto 1.861,75 DM (Krankengeld im Januar in Höhe von 2.234,96 DM zuzüglich fiktives Nettoeinkommen ab April in Höhe von monatlich 2.234,00 DM ergibt ein Jahreseinkommen von netto 22.340,96 DM, dieses : 12). Hinzuzurechnen ist noch für dieses Jahr eine Steuererstattung von monatsanteilig 21,70 DM, so daß sich ein Gesamtnettoeinkommen von 1.883,45 DM ergibt. Nach Abzug des Kindesunterhalts in Höhe von 1.172,00 DM ist der Beklagte jedoch zur Leistung von Ehegattenunterhalt nicht mehr leistungsfähig. 134

6. Auch in der Zeit vom 1. April bis 31. Dezember 2000 ist der Beklagte nicht leistungsfähig. 135

Sein Einkommen beläuft sich weiterhin auf monatsdurchschnittlich netto 1.883,45 DM. Ab April hat er jedoch lediglich noch den titulierten Unterhalt in Höhe von insgesamt 830,00 DM für 3 Kinder geleistet. Nach Abzug dieses Betrages verbleiben ihm noch 1.053,00 DM. Der abgesenkte Selbstbehalt beläuft sich jedoch bereits auf 1.095,00 DM, so daß er auch in diesem Zeitraum nicht mehr leistungsfähig ist. 136

7. 1. Januar 2001 bis 28. Februar 2002 137

Fiktives Nettoeinkommen des Beklagten (brutto 3.500,00 DM) 2.234,00 DM 138

zuzüglich Steuererstattung monatsanteilig 161,06 DM	139
abzüglich tituliertem Kindesunterhalt <u>830,16 DM</u>	140
1.564,90 DM	141
= rd. 1.565,00 DM	142
Nettoerwerbseinkommen der Klägerin (2.137,65 DM abzüglich	143
Nettoanteil der vermögenswirksamen Leistung mit 47,95 DM) 2.089,70 DM	144
abzüglich konkrete Betreuungskosten für beide Kinder 220,00 DM	145
abzüglich Betreuungsbonus für beide Kinder <u>500,00 DM</u>	146
verbleibendes Einkommen der Klägerin 1.369,70 DM.	147
= rd. 1370,00 DM	148
Die Differenz beider Einkommen beläuft sich auf 195,00 DM, woraus sich ein	149
Unterhaltsanspruch der Klägerin (x 3/7) von – rund – 84,00 DM (= 43,00 €) ergibt. Zur	
Leistung dieses Unterhaltes ist der Beklagte auch angesichts des ihm zu belassenden	
gekürzten Selbstbehaltes in der Lage, der ab Juli 2001 auf 1.197,00 DM (1.640,00 DM – 27	
%) gestiegen ist.	
 8. Ab März 2002	150
(Fiktives) Nettoeinkommen des Beklagten 2.234,00 DM = 1.142,23 €	151
zuzüglich Steuererstattung monatsanteilig 161,00 DM = 82,32 €	152
abzüglich titulierter Unterhalt für noch zwei Kinder von 553,44 DM = <u>282,97 €</u>	153
941,58 €.	154
Nettoeinkommen der Klägerin 2.089,70 DM = 1.068,45 €	155
abzüglich Betreuungskosten je Kind 57,00 € 114,00 €	156
abzüglich Betreuungsbonus <u>256,00 €</u>	157
Resteinkommen der Klägerin 698,45 €.	158
Die Einkommensdifferenz beträgt 243,13 €, hieraus ergibt sich ein Unterhaltsanspruch (x 3/7)	159
von 104,19 € und somit rund 104,00 €. Zur Zahlung dieses Betrages ist der Beklagte auch bei	
einem abgesenkten Selbstbehalt von nunmehr 613,20 € (840,00 € - 27 %) leistungsfähig.	
In diesem Umfang sind Klage und Berufung begründet, die weitergehende Berufung war	160
abzuweisen.	
III.	161
	162

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 92, 97 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.
