
Datum: 30.11.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 1. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 UF 105/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:1130.1UF105.04.00

Vorinstanz: Amtsgericht Halle, 5a F 356/98

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird - unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel - das am 08. April 2004 verkündete Urteil des Amtsgerichts Halle teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 45.487,25 € nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basissatz aus 8.060,69 € seit dem 02.12.1999 und aus 1.278,23 € seit dem 31.08.2001 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben die Klägerin zu 2/3 und der Beklagte zu 1/3 zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die inzwischen seit dem 02.09.2003 geschiedenen Parteien haben um Kindesunterhalt und im wesentlichen um den von der Klägerin geltend gemachten Trennungsunterhalt gestritten.

1

2

3

Das Amtsgericht hat ihrer Klage weitgehend stattgegeben. Was die Zeit von Juli 1998 bis Dezember 1999 betrifft, hat es nur über einen Teil des geltend gemachten Trennungsunterhaltsanspruchs entschieden. Geltend gemacht war einerseits - und insoweit auch durch Ziff. 3. des Tenors des amtsgerichtlichen Urteils beschieden - ein Rückstand, der sich daraus ergeben hatte, dass der Beklagte den ursprünglich freiwillig geleisteten Betrag von 1.955,-- DM nur teilweise oder nicht gezahlt hatte. Darüber hinaus hatte die Klägerin aber von Anfang für den angesprochenen Zeitraum über den freiwillig gezahlten Betrag von 1.955,-- DM hinaus Zahlung weiterer 4.635,-- DM monatlich verlangt. Über diesen Mehrbetrag hat das Amtsgericht nicht entschieden. Im übrigen wird wegen der Entscheidungsgründe des Amtsgerichts und der ihnen zu Grunde liegenden Feststellungen auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.	
Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er die Klage abgewiesen wissen will, im wesentlichen mit rechtlichen Ausführungen und Angriffen gegen die Würdigung der Bekundungen des Zeugen C2.	4
Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Darüber hinaus verfolgt sie mit ihrer Anschlussberufung Ansprüche auf Trennungsunterhalt für die Zeit von Juli 1998 bis Dezember 1999, über die das Amtsgericht nicht entschieden hat.	5
Der Beklagte will auch die Anschlussberufung zurückgewiesen wissen.	6
Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze und ihre Anlagen verwiesen.	7
Der Senat hat die Parteien persönlich gehört und den Zeugen C2 vernommen. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und Zeugenvernehmung wird auf den Berichterstattevermerk vom 22.11.2004 Bezug genommen.	8
II.	9
(1.)	10
Die Berufung des Beklagten wendet sich - auch wenn sie Abweisung der Klage insgesamt begehrt - ausweislich ihrer Begründung nicht gegen den vom Amtsgericht ausgeurteilten Kindesunterhalt. Insoweit hat sie deshalb von vorne herein keinen Erfolg.	11
(2.)	12
Die Anschlussberufung macht zu Recht geltend, dass das Amtsgericht über den ihr zu Grunde liegenden Teil des Trennungsunterhalts nicht entschieden hat. Denn die Ansprüche von Juli 1998 bis Dezember 1999 standen - wie eingangs ausgeführt - von vorne herein in weiterem Umfang, als durch das Amtsgericht entschieden, im Streit (GA 1, GA67, GA 93, GA 103f) und sind durch die Neufassung der Anträge (GA 231f) auch nicht fallen gelassen worden.	13
(3.)	14
Zur Überprüfung stehen damit Trennungsunterhaltsansprüche, § 1361 BGB, für die Zeit vom Juli 1998 bis zum 02.09.2003.	15
(a.)	16
	17

Das Amtsgericht hat den Trennungsunterhaltsanspruch nach der "üblichen Quotierung" ermittelt. Dagegen wendet sich die Berufung des Beklagten zu Recht. Bei erheblichen Einkommen kann nicht davon ausgegangen werden, dass das gesamte Einkommen in den Lebensunterhalt fließt (sog. Deckung des Lebensbedarfs). In aller Regel werden bei überdurchschnittlichen Einkommensverhältnissen Teile des Einkommens zur Vermögensbildung verwandt. Mithin hat der Unterhaltsbedürftige seinen Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen konkret darzulegen.

Die konkrete Bedarfsdarlegung vermisst der Beklagte allerdings vergebens.

18

Ohne Frage sind die Versuche der Klägerin, ihren Bedarf (Wohnung, Telefon, Handy, Nahrungsmittel, Getränke, Bekleidung, Kosmetika u.s.w.) anhand ihres Verbrauchs darzulegen und zu beweisen, gescheitert. Ebensowenig kann die Klägerin ihren eigenen Bedarf über den Bedarf des Beklagten einschließlich dessen Vorsorgeaufwendungen ermitteln.

19

Indessen ist der laufende Bedarf der Parteien vom Konto 122 876 01 bei der Volksbank W bedient worden, von dem im Jahr vor der Trennung unstreitig 161.119,64 DM abgeflossen sind. Dieser Abfluss hat die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt, ohne dass es darauf ankommt, dass das Konto nicht nur durch die monatlichen Überweisungen des Beklagten von 9.500,-- DM, sondern auch durch andere Zahlungen gespeist wurde. Durchschnittlich standen damit 13.427,-- DM monatlich zur Verfügung.

20

Um zu ermitteln, was davon für den Lebensbedarf verwandt wurde, sind die von diesem Konto abgegangenen Vorsorgeaufwendungen des Beklagten in Höhe von 3.958,-- DM mtl., die Vorsorgeaufwendungen der Klägerin mit 58,-- DM mtl. und die Sparleistung von 555,-- DM mtl. abzuziehen. Ebenfalls nicht zur Verfügung gestanden haben den Parteien für ihren eigenen Bedarf die Aufwendungen für die Kinder, die angesichts der "Fixkosten" (Kindergarten und Krankenversicherung rund 610,-- DM) mit 2.000,-- DM anzusetzen sind. Was übrig bleibt, haben die Parteien für ihren Lebensstandard - einschließlich der vom Beklagten angesprochenen Anschaffung von Teppichen - ausgegeben. Unter Berücksichtigung des Erwerbsbonus des Beklagten errechnet sich dann ein Bedarf der Klägerin von ca. 2.935,-- DM $[(13.437,-- \text{ DM} \cdot 3.958,-- \text{ DM} \cdot 58,-- \text{ DM} \cdot 555,-- \text{ DM} \cdot 2.000,-- \text{ DM}) \times 3/7]$.

21

Dieser Ansatz erscheint auch unter Berücksichtigung der vom Sachverständigen ermittelten Verhältnisse für 1999 - 2001 richtig, wenn man versucht, sich darüber zu erschließen, was den Parteien für den täglichen Bedarf bei Fortsetzung der Ehe zur Verfügung gestanden hätte. (Soweit der Beklagte sich gegen die Verwertung des Sachverständigengutachtens wendet, hat das keinen Erfolg. Denn der Sachverständige selbst hat von Anfang an erklärt, dass er und nicht seine im Beweisbeschluss genannte Mitarbeiterin das Gutachten erstatten werde, ohne dass das in erster Instanz von irgendeiner Seite beanstandet worden wäre.) Folgt man dem Berechnungsweg des Sachverständigen bei "beherrschender Stellung" (der insgesamt zu einem etwas geringeren Einkommen führt, als bei "nicht beherrschender Stellung"), und geht im übrigen (über die vom Sachverständigen bereits erfolgten Abzüge hinaus) von folgenden Ansätzen aus:

22

- Abzug des streitigen Aufwandes aus dem "Zwei-Konten-Modell" in Höhe von 71.624,-- DM in 2001,
- Abzug sämtlicher Lebensversicherungen,
- Abzug der Aufwendungen für das Objekt C,

23

- Abzug von 44.500,-- DM - Privatkredit Familienheim - für 1999 - 2001 durchgehend, vgl. SVG 60ff,
- Abzug von 16.000,-- DM - Schiffsbeteiligung - für 1999 - 2001 durchgehend,
- weil die Aufwandssteigerung [Anlage 6 SVG] von rund 16.000,-- DM in 1999 auf rund 26.000,-- DM in 2000 und rund 36.000,-- DM in 2001 nicht erklärlich ist,

gelangt man zu - allein für den täglichen Bedarf - verfügbaren Einkommen von 8.515,-- DM in 1999, von 9.887,-- DM in 2000 und 9.578,-- DM in 2001. Das sind durchschnittlich 9.326,-- DM. Zieht man wieder 2.000,-- DM für die Kinder ab und nimmt als Bedarf für die Klägerin 3/7 des Restes, gelangt man zu einem ähnlichen, wie dem oben genannten Bedarf der Klägerin. 24

Das Amtsgericht hat den angemessenen Wohnwert für die Zeit der Nutzung des ehemaligen Familienheims durch die Klägerin unangegriffen mit 2.000,-- DM angenommen. Dieser Betrag stellt gleichzeitig den Wohnbedarf der Klägerin dar. 25

Für die Altersvorsorge ist der Gesamtbedarf (2.935,-- DM + 2.000,-- DM = 4.935,-- DM) zu Grunde zu legen, weil der Wohnbedarf der Klägerin nicht auf Dauer durch Wohnen im eigenen Haus gedeckt ist. Damit ergibt sich ein Altersvorsorgebedarf von rund 1.600,-- DM. 26

Was die Bedürftigkeit betrifft, war der Bedarf der Klägerin, so lange das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten bestand, in Höhe der Einkünfte daraus mit 720,-- DM gedeckt. Entsprechendes gilt für den Wohnbedarf, solange sie im ehemaligen Familienheim gewohnt hat. Abzüge auf das Einkommen aus dem Arbeitsverhältnis (überobligatorische Tätigkeit, Erwerbstätigenbonus) macht die Klägerin nicht geltend und sind im übrigen auch nicht angezeigt, da das Arbeitsverhältnis nach beiderseitigem Parteivorbringen im wesentlichen auf dem Papier stand. Soweit die Klägerin in 2002 Arbeitslosengeld bezogen hat, hat das Amtsgericht ihr Erwerbseinkommen für dieses Jahr fortgeschrieben, ohne dass das angegriffen ist. Dabei hat es zu verbleiben. 27

Fiktive Einkünfte sind der Klägerin indessen nicht zuzurechnen. Angesichts der gehobenen Verhältnisse der Parteien und des Alters der von der Klägerin betreuten Kinder bestand für die Zeit der Trennung - noch - keine Erwerbsobliegenheit. 28

Insgesamt ergibt sich ein Bedarf der Klägerin von rund 7.185,-- DM (Elementarunterhalt der Klägerin 4.935,-- DM, Altersvorsorge für die Klägerin 1.600,-- DM ab April 1999, Krankenvorsorge für die Klägerin rund 650,-- DM ab Januar 03). Zu Unrecht sieht der Beklagte seine Leistungsfähigkeit damit überschritten. Der einzige Punkt, in dem er das vom Amtsgericht angenommene, einzusetzende Einkommen konkret angreift, ist der unterbliebene Abzug von 71.676,-- DM für die Hausfinanzierung per "Zwei-Konten-Modell" nach Teilungsversteigerung in 2001. Ob die 71.676,-- DM (mit dem ursprünglich vom Sachverständigen vertretenen Argument, es handele sich um Betriebsschulden) abzuziehen sind, oder nicht, kann im Ergebnis dahin stehen. Der Sachverständige hat diese Kosten in seinem Ergänzungsgutachten als abzugsfähig behandelt [Ergänzungsgutachten Bl. 3f] und ist dabei zu einem einzusetzenden, durchschnittlichen Einkommen für die Jahre 1999 - 2001 von 16.174,-- DM monatlich gelangt. Zieht man davon den geleisteten Kindesunterhalt mit rund 1700,-- DM ab, verbleiben an einzusetzendem Einkommen 14.474,-- DM. Das nötigt nicht zu einer Korrektur des gefundenen Ergebnisses. Das gilt auch, wenn man den erstinstanzlichen - in der Berufung indessen nicht erneuerten - Einwand berücksichtigt, die (weitere) Finanzierung des vom Beklagten ersteigerten ursprünglichen Familienheims über Privatarlehen sei in 2001 mit dem geleisteten Betrag von 75.411,-- DM (bei dem es sich sowieso um einen überproportionalen Betrag handelt; in 1999 sind beispielsweise lediglich die Zinsen des Darlehens mit insgesamt rd. 32.000,-- DM bedient worden [Anlage 1 Bl. 2 zum 29

SVG)) zu berücksichtigen. Denn einerseits darf der Unterhaltspflichtige zu Lasten des Unterhaltsberechtigten keine Vermögensbildung beginnen oder aufrecht erhalten und andererseits wäre selbst bei Berücksichtigung einer angemessenen Zins- und Tilgungsrate der Wohnwertvorteil des Beklagten durch Wohnen im eigenen Haus einkommenserhöhend zu veranschlagen.

Was die Zahlungen betrifft, ist das amtsgerichtliche Urteil insoweit unzutreffend, als es von Zahlungen in der Zeit vom April 1999 bis Dezember 1999 in Höhe von insgesamt 11.855,33 DM spricht. Es handelt sich um eine offensichtlich fälschliche Übernahme des mit Schriftsatz vom 7.1.00 als Rückstand (Differenz zum ursprünglich freiwillig gezahlten Betrag von 1.955,-- DM bzw. Nichtzahlung desselben in der Zeit von April 1999 bis Oktober 1999) geltend gemachten Betrages. Tatsächlich sind dort Zahlungen von insgesamt 1.829,67 DM vorgetragen. Hinzu kommt die unstreitige Zahlung per Scheck in Höhe von 3.000,-- DM. Dass der Beklagte für den Zeitraum April 1999 bis Dezember 1999 mehr gezahlt hätte, ergibt sich aus seinem Vorbringen nicht. 30

(b.) 31

Das führt (ohne Krankenvorsorgeunterhalt, der ab Januar 2003 geschuldet ist und vom Beklagten aufgrund einstweiliger Anordnung des Amtsgericht offenbar gezahlt wird) zu folgender Berechnung: 32

		DM	€	33
(aa) Juli 98 – März 99				
Bedarf	4.935,--			
Altersvorsorge	./.			
		4.935,--		
Gedeckt durch				
Einkommen	720,--			
Frei Wohnen	<u>2.000,--</u>			
		- 2.720,--		
ungedeckter Rest		2.215,--		
x 9 Monate =		19.935,--		
./. Zahlungen				
9 x 1.955,--		- 17.595,--		
		2.340,--	1.196,42	
(bb) Apr. - Dez. 1999				
Bedarf	4.935,--			
Altersvorsorge	<u>1.600,--</u>			
		6.535,--		
Einkommen	720,--			
Frei Wohnen	<u>2.000,--</u>			

		<u>- 2.720,--</u>	
ungedeckter Rest		3.815,--	
x 9 Monate =		34.335,--	
./.. Zahlungen		- 1.829,67	
		<u>- 3.000,--</u>	
		29.505,33	15.085,83

(cc) Jan. 00 – Juni 01			
Bedarf	4.935,--		
Altersvorsorge	<u>1.600,--</u>		
		6.535,--	
Einkommen	720,--		
Frei Wohnen	<u>2.000,--</u>		
		<u>- 2.720,--</u>	
ungedeckter Rest		3.815,--	
x 18 Monate =		68.670,--	
./.. Zahlungen			
18 x 3.000,--		<u>- 54.000,--</u>	
		14.670,--	7.500,65

34

(dd) Juli 01 - Dez. 02			
Bedarf	4.935,--		
Altersvorsorge	<u>1.600,--</u>		
		6.535,--	
Einkommen	<u>720,--</u>		
		<u>- 720,--</u>	
ungedeckter Rest		5.815,--	
x 18 Monate		104.670,--	
./.. Zahlungen			
18 x 4.500,--		<u>- 81.000,--</u>	
		23.670,--	12.102,28

35

(ee) Jan. 03 - 02.09.03			
Bedarf	4.935,--		
Altersvorsorge	<u>1.600,--</u>		
		6.535,--	
x 8 Monate =		52.280,--	
./ . Zahlungen			
8 x 4.500,--		<u>- 36.000,--</u>	
		16.280,--	<u>8.323,84</u>
			44.209,02

36

Rechnet man den vom Amtsgericht ausgeurteilten Kindesunterhalt von 1.278,23 € hinzu, ergibt sich der im Tenor ausgewiesene Betrag.

37

(4.) 38

Soweit der Beklagte vorträgt, während der Zeit des Wohnens der Klägerin im ehemaligen Familienheim Hausreparaturen und Grundbesitzabgaben getragen zu haben, bedeutet das weder eine Erfüllung des Unterhaltsanspruchs noch kann er gegenüber dem Unterhaltsanspruch mit einer etwaigen Ausgleichsforderung gegen die Klägerin aufrechnen. 39

Soweit der Beklagte behauptet, mit der Übersendung des Schecks über 3.000,-- DM geschrieben zu haben, dass mit der Einlösung alle Ansprüche bis Dezember 1999 erledigt sein sollten, bedeutet die Einlösung des Schecks kein Einverständnis der Beklagten. Die Vorstellungen der Parteien über den geschuldeten Unterhalt lagen derart weit auseinander, dass in der Einlösung des Schecks kein Einverständnis mit dem vom Beklagten behaupteten Erledigungsangebotes gesehen werden kann. 40

Soweit der Beklagte den Anspruch teilweise für verwirkt hält, weil die Klägerin das Verfahren von April 1999 bis April 2001 nicht betrieben habe, geht er von unzutreffenden Tatsachen aus. In diese Zeit fällt zunächst der Termin des Amtsgerichts vom 27.07.1999. Nachdem der Vergleichsvorschlag des Amtsgerichts nicht angenommen wurde, hat die Klägerin im November 1999 und Januar 2000 weiter vortragen lassen. Dann haben sich die Parteien im einstweiligen Anordnungsverfahren weiter um den laufenden Unterhalt gestritten, bevor die Klägerin in der Hauptsache im Mai 2001 um Terminierung bitten ließ. Das reicht nicht für eine Verwirkung nach § 242 BGB. 41

Eben so wenig rechtfertigt das Verhältnis der Klägerin zum Zeugen C2 eine Herabsetzung des Unterhalts, §§ 1361 II, 1579 Nr. 7 BGB. 42

Dass der Zeuge die Klägerin in anrechenbarer Weise finanziell unterstützt und ihren Bedarf teilweise deckt, lässt sich nach dem Ergebnis der vor dem Senat wiederholten Beweisaufnahme ebenso wenig feststellen, wie, dass die Klägerin und der Zeuge wie Eheleute leben und auftreten. Finanzielle Unterstützung hat der Zeuge mit Ausnahme der für die Reisen, für die er das Geld auch nur geliehen hat, verneint. Im übrigen halten nach seinen Bekundungen er und die Klägerin - wenn auch eine engere Freundschaft besteht - ihre Lebensbereiche getrennt. Weder in der Sache noch nach dem vom Zeugen gewonnenen persönlichen Eindruck besteht Anlass, an der Richtigkeit seiner Bekundungen zu zweifeln. 43

(5.)	44
Soweit das Amtsgericht Verzugzinsen auf Trennungsunterhalt zugesprochen hat, wird Verzug von der Berufung nicht in Frage gestellt und weitere Zinsen mit der Anschlussberufung nicht geltend gemacht, so dass es insoweit beim amtsgerichtlichen Ausspruch zu verbleiben hat.	45
(6.)	46
Die Kostenentscheidung folgt aus § 93 a Abs. I Ziff. 2. ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Ziff. 8., 713 ZPO.	47