
Datum: 25.04.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: II-8 UF 221/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0425.II8UF221.10.00

Vorinstanz: Amtsgericht Steinfurt, 30 F 185/08
Schlagworte: Trennungsunterhalt; Verwertung des Vermögensstamms; Ermittlung des Wohnwerts; fiktive Zurechnung von Kapitaleinkünften; Aufrechnungsverbot; Arglisteinwand

Normen: §§ 394, 1361 BGB, 850b ZPO

Leitsätze:

1. Die Obliegenheit zur Verwertung des Vermögensstamms geht beim Trennungsunterhalt weniger weit als beim Scheidungsunterhalt, bei dem jeder der beiden Scheidungspartner im Grundsatz wirtschaftlich auf eigenen Füßen stehen soll (§ 1569 BGB), während beim Trennungsunterhalt die wirtschaftliche Grundlage der ehelichen Gemeinschaft zunächst noch nicht beeinträchtigt werden soll. Außerdem haben die Eheleute während der Trennungszeit noch eine stärkere Verantwortung füreinander als nach der Scheidung, was ebenfalls gegen eine Verwertung des Vermögens des Berechtigten sprechen kann.
2. Zur Schätzung des objektiven Mietwerts bei einem grundsätzlichen Einverständnis der Parteien mit der Schätzung.
3. Ist das Kapitalvermögen in der Weise thesaurierend angelegt, dass keine Ausschüttung von Erträgen erfolgt, so kommt eine fiktive Zurechnung von regelmäßig ausgeschütteten Vermögenserträgen in Betracht.
4. Im Einzelfall kann der Arglisteinwand dem Aufrechnungsverbot gem. §§ 394 S. 1 BGB, 850b Abs. 1 Nr. 2 ZPO entgegenstehen.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Amtsgerichts – Familiengericht – Steinfurt vom 01.09.2010 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Trennungsunterhalt wie folgt zu zahlen, wobei der Unterhalt jeweils im Voraus bis zum 03. eines Monats und rückständige Beträge sofort zu zahlen sind:

a)

für März bis Mai 2008 monatlich 121,00 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 15.06.2009,

b)

für Juni 2008 321,00 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 15.06.2009,

c)

für Juli bis Dezember 2008 monatlich 321,00 €,

d)

für Januar bis Dezember 2009 monatlich 387,00 €,

e)

für Januar bis Dezember 2010 monatlich 743,00 €,

f)

für Januar bis Dezember 2011 monatlich 717,00 €,

g)

ab Januar 2012 monatlich 719,00 €.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen; die weitergehende Berufung des Klägers sowie die Berufung der Beklagten werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 3/5 und die Beklagte 2/5.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert für die Berufung des Klägers wird auf 25.168,00 € und für die Berufung der Beklagten auf 5.172,00 € festgesetzt.

Gründe:

1

I.

2

- Die Parteien streiten um Trennungsunterhalt ab März 2008. 3
- Der am 11.04.1930 geborene Kläger und die am 21.07.1949 geborene Beklagte heirateten am 13.09.1989. Aus der Ehe gingen keine Kinder hervor. Es handelte sich für beide Parteien um die jeweils zweite Ehe. Aus der ersten Ehe des Klägers gingen drei Kinder, aus der ersten Ehe der Beklagten ging ein Kind hervor. Die Parteien leben seit dem 19.08.2007 getrennt. Der Scheidungsantrag im Verfahren 30 F 124/08 AG Steinfurt wurde am 26.05.2008 zugestellt. Die Ehe der Parteien ist bislang nicht geschieden. 4
- Der Kläger war Steuerberater und Wirtschaftsprüfer und betrieb bis zum 02.01.2005 eine eigene Praxis. Seinen Mandantenstamm verkaufte der Kläger durch Vertrag vom 12.10.2004 für 135.000,00 € an die U Treuhand (Dipl.-Volkswirt Wirtschaftsprüfer und Steuerberater L, Dipl.-Kaufmann Steuerberater L2 und Steuerberater U2). Auf den Kaufpreis erhielt der Kläger am 02.01.2005 eine Anzahlung in Höhe von 45.000,00 €. Der Restbetrag wird seit dem 30.01.2005 in monatlichen Raten in Höhe von 911,11 € gezahlt, wobei ein Festzinssatz von 4 % vereinbart wurde. Der Kläger war in seiner ehemaligen Praxis ab 2005 noch überleitend als angestellter Steuerberater im Rahmen eines 400,00 €-Jobs beschäftigt; die Parteien streiten insofern darüber, ob die Aushilfstätigkeit des Klägers Ende 2009 endete. Neben der Aushilfstätigkeit war der Kläger ab 2005 in geringem Umfang selbständig tätig. In diesem Zusammenhang ist zwischen den Parteien streitig, ob der Kläger seine Bestellungen als Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsbeistand Ende 2010 zurückgegeben hat. Der Kläger bezieht zwei Renten. Die Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung betrug in 2008 253,68 € monatlich. Die Rente von der Q betrug in 2008 442,15 € monatlich. Eine private Lebensversicherung beim H-Konzern ließ sich der Kläger im September 2003 in Höhe von 118.217,00 € auszahlen. Im Zeitpunkt der Trennung der Parteien waren sowohl die Lebensversicherung als auch die Anzahlung aus dem Verkauf des Mandantenstamms verbraucht, wobei über die Verwendung der Auszahlungsbeträge zunächst Streit zwischen den Parteien bestand. Im Senatstermin am 01.02.2012 gab auch der Kläger an, dass er das Geld – wie von der Beklagten vorgetragen – zur Schuldentilgung eingesetzt habe. 5
- Der Kläger ist Eigentümer einer 100 qm großen Gewerbeimmobilie (Teileigentum) I-Straße 38 in N, in der er früher die Praxis betrieb und die er seit 2005 über die W GmbH & Co. KG, deren Komplementär und Geschäftsführer die W Verwaltungs GmbH ist, an die U Treuhand vermietet hat. Alleiniger Kommanditist der W GmbH & Co. KG ist der Kläger. Ferner ist der Kläger alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der W Verwaltungs GmbH, die ihren Gewinn jedoch nur buchmäßig aktiviert. 6
- Die Beklagte ist gelernte Einzelhandelskauffrau und war früher als Datentypistin im Büro des Klägers angestellt. Sie erbte im Jahr 2005 als Alleinerbin von ihrem Vater ein Vermögen lt. Erbschaftsteuerbescheid in Höhe von 1.314.610,00 €, wobei insofern ein Vorerwerb von 295.000,00 €, ein Freibetrag von 205.000,00 € und eine Steuerbefreiung in Höhe von 8.000,00 € berücksichtigt waren. Durch den Erbschaftsteuerbescheid vom 03.05.2007 wurde eine Erbschaftsteuer in Höhe von 255.494,00 € festgesetzt. Zu dem Vermögen gehörten die im Jahr 2004 erbaute Immobilie T-Straße 143 in H mit 189 qm Wohnfläche, 912 qm Grundstücksfläche sowie einer Doppelgarage. Die Immobilie wurde zunächst von den Parteien gemeinsam und nach der Trennung bis Dezember 2007 von dem Kläger und seitdem von der Beklagten allein bewohnt. Zu dem ererbten Vermögen gehörten ferner Bankvermögen und Wertpapierdepots bei der H2 Bank, die teilweise in thesaurierenden Fonds angelegt sind. Die Depotwerte wurden im Jahr 2009 von der Sparkasse N2 auf ein bei dieser geführtes Depotkonto der Beklagten übertragen. Noch zu Lebzeiten hatte der Vater der Beklagten dieser die Immobilie N-Straße 22 in N übertragen, die vermietet ist. 7

Der Kläger wurde durch Urteil des LG Münster vom 19.12.2008 (011 O 191/08) verurteilt, an die Beklagte als Erbin aus einem Darlehen ihres Vaters 30.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.08.2008 zu zahlen. Das Darlehen hatte ursprünglich der Vater der Beklagten dem Kläger für den Kauf eines PKW zur Verfügung gestellt. Dieser PKW erlitt 2004/2005 einen Totalschaden. Vom Restwert erwarb der Kläger einen neuen PKW. Durch den Kostenfestsetzungsbeschluss vom 18.03.2009 ist der Kläger verpflichtet, der Beklagten 2.712,54 € Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.02.2009 zu erstatten. Die Beklagte hat mit den im Verfahren 011 O 191/08 titulierten Forderungen hilfsweise die Aufrechnung gegen die Unterhaltsforderung des Klägers erklärt. Ferner hat die Beklagte vorsorglich mit einem Rückforderungsanspruch ihres verstorbenen Vaters in Höhe von 11.078,75 € aufgerechnet.	8
Der Kläger hat erstinstanzlich einen monatlichen Trennungsunterhalt in Höhe von 1.573,00 € geltend gemacht. Insofern hat der Kläger vorgetragen, er sei bedürftig, weil sein gesamtes für die Altersvorsorge vorgesehenes Vermögen (Lebensversicherung beim H-Konzern und seine Wirtschaftsprüferpraxis) verbraucht worden sei. Er hat die Ansicht vertreten, die Beklagte sei leistungsfähig. Es sei von einem Gesamtwert der Erbschaft von 1.704.326,00 € auszugehen, weil die im Erbschaftsteuerbescheid angesetzten Einheitswerte zu korrigieren und stattdessen die Verkehrswerte zu berücksichtigen seien. Der Verkehrswert der Immobilie T-Straße belaufe sich auf 650.000,00 €. Er meint, die Beklagte müsse sich fiktive Zinseinkünfte in Höhe von 4,5 % aus 1.704.326,00 € pro Jahr anrechnen lassen, weil sie die Obliegenheit treffe, ihr Vermögen wirtschaftlich anzulegen und die üblichen und durchschnittlichen Erträge zu erzielen. Von den fiktiven Zinseinkünften (76.694 €) seien 20 % geschätzte Steueranteile in Abzug zu bringen, so dass 61.355 € = 5.112 € monatlich verblieben. Die Beklagte habe in 2007 insgesamt 30 Fondsanlagen so angelegt, dass die Gewinne nicht ausgeschüttet, sondern thesauriert würden. Die indirekten Gewinne seien steuerfrei. Durch diese Anlageform habe die Beklagte ihre Erträge manipuliert. Die steuerrechtlich relevanten Einkünfte seien mit den unterhaltsrechtlich relevanten Einkünften nicht identisch. Er sei der Ansicht, die Beklagte müsse auch den Vermögensstamm verwerten, weil in der Vergangenheit sein Einkommen als Wirtschaftsprüfer, der Stamm seines Vermögens sowie seine Altersversorgung für die gemeinsame Lebensführung verbraucht worden sei. Der Wohnwert der von der Beklagten bewohnten Immobilie sei mit 2.000 € bzw. 1.380,00 € monatlich anzusetzen. Die Beklagte erziele Mieteinkünfte in Höhe von 550,00 € monatlich.	9
Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Rate für den Verkauf des Mandantenstamms sei bei ihm nicht als Einkommen zu berücksichtigen, sondern sei Zahlung auf sein Endvermögen. Ratenzahlungen auf einen Kapitalanspruch seien keine Einkünfte. Wenn die Rate als Einkommen berücksichtigt würde, würde man ihm einen Kapitalverzehr auferlegen. Die Eigentumswohnung sei mit einem Darlehen über 12.000,00 € belastet, welches er anlässlich des Auszugs aus der ehelichen Wohnung bei der Sparkasse N2 aufgenommen habe und mit monatlich 397,00 € zurückführe.	10
Der Kläger hat beantragt,	11
die Beklagte zu verurteilen,	12
1. an ihn beginnend mit dem 01.07.2008 einen monatlichen Trennungsunterhalt in Höhe von 1.573,00 € jeweils im Voraus bis zum 03. eines Monats, rückständige Beträge sofort zu zahlen;	13
2. an ihn rückständigen Trennungsunterhalt für die Monate März, April, Mai und Juni 2008 in Höhe von 6.292,00 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu	14

zahlen.

- Die Beklagte hat beantragt, 15
- die Klage abzuweisen. 16
- Die Beklagte hat die Bedürftigkeit des Klägers bestritten und u.a. auf seine steuerpflichtigen Einkünfte in 2005 und den Vorjahren verwiesen. Der Kläger verfüge über weitere Einkünfte und Vermögen, welches er in der Klageschrift nicht angegeben habe. Der Kläger müsse, bevor er sie in Anspruch nehme, seine Immobilie verwerten. Die Beklagte hat die Meinung vertreten, sie sei nicht leistungsfähig. Die Fondsanteile hätten durch die Währungs- und Wirtschaftskrise einen Wertverlust von ca. 300.000,00 € erlitten. In 2008 habe sie nur über zu versteuernde Einkünfte in Höhe von 12.608,00 € verfügt. Sie führe die Aktien so weiter, wie sie diese geerbt habe. 17
- Sie lebe von ihrem Vermögen, habe deswegen auch Aktien und Fondsanteile veräußert. Da sie keine ausreichende Altersvorsorge habe, diene das ererbte Geld als Altersvorsorge. Sie werde mit 65 Jahren eine Rente von nur 367,00 € haben. Ihr ererbtes Vermögen sei nicht eheprägend. Die Beklagte hat behauptet, der Kläger lebe mit einer Lebensgefährtin, E, zusammen, mit der er auch zusammen wirtschaftete. Er müsse sich den sich daraus ergebenden Vermögensvorteil anrechnen lassen. Trennungsbedingten Mehrbedarf des Klägers hat die Beklagte bestritten. 18
- Der Kläger hat bestritten, mit einer Lebensgefährtin zusammen zu leben. Er sei aus gesundheitlichen Gründen (COPD, künstliches Kniegelenk) auf eine Haushaltshilfe angewiesen. Seine Cousine E pflege ihn. Es sei nicht richtig, dass die Beklagte über keine Altersvorsorge verfüge. Die Beklagte habe – dies zeige auch das Versorgungsausgleichsverfahren – eigene Rentenanwartschaften erworben und von ihrem ersten geschiedenen Ehemann Rentenanwartschaften übertragen bekommen. Auf buchmäßige, jedoch nicht realisierte Verluste könne sich die Beklagte nicht berufen. Die Verluste bei der Beklagten seien im Wesentlichen durch Verkäufe bedingt. Die Beklagte habe von 2007 bis 2009 ihren Bestand um 162.269,71 € gemindert und nur Zukäufe in Höhe von 48.339,18 € vorgenommen. 19
- Das Amtsgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger ab Juli 2010 monatlichen Trennungsunterhalt in Höhe von 431,00 € zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Auf Seiten des Klägers sei von einem Gesamteinkommen von 2.263,80 € auszugehen, welches sich aus 649,61 € Einkünften aus Restbeteiligung an der Wirtschaftsprüferpraxis, 281,46 € Mieteinnahmen W GmbH & Co. KG, 56,80 € Einnahmen WVerwGmbH, 180,00 € Zinsen Veräußerung W, 400,00 € Einkommen als Aushilfskraft, 442,15 € Rente sowie weiteren 253,68 € Rente zusammensetze. Hiervon seien die Raten in Höhe von 397,00 € für das Umzugsdarlehen, die bis zur letzten mündlichen Verhandlung nicht bestritten worden seien, und 172,00 € Einkommensteuer sowie 15,00 € Gewerbesteuer in Abzug zu bringen. 20
- Auf Seiten der Beklagten seien die Mieteinkünfte aus der Vermietung N-Straße (entsprechend der Steuererklärung für 2007) in Höhe von 537,96 €, der Wohnwert für die Immobilie T-Straße in Höhe von 990,00 € - unter Zugrundelegung von 198 qm und wegen der sehr großen Wohnfläche mit einem Betrag von 5,00 € pro Quadratmeter - sowie die Einkünfte aus dem ererbten Vermögen zu berücksichtigen. Es könne jedoch nicht von einem Gesamtvermögen der Beklagten von 1.704.326,00 € ausgegangen werden. Ausweislich des Erbschaftsteuerbescheides sei von einem Erbe in Höhe von 158.000,00 € für das Haus T- 21

Straße, 914.522,00 € für das erste Wertpapierdepot, 223.251,00 € für das zweite Wertpapierdepot und 9.495,00 € Bankguthaben auszugehen. Soweit der Kläger geltend mache, es ergebe sich nach allgemeiner Lebenserfahrung eine Verzinsung von 4,5 % jährlich auf ein Vermögen in Höhe von 1.704.326,00 €, greife dies nicht durch. Es sei vielmehr zwischen dem Grund- und Wertpapiervermögen zu differenzieren. Es sei auf die von der Beklagten im Zeitraum zwischen 2006 und 2008 erzielten tatsächlichen Kapitalerträge abzustellen, nämlich 16.162,63 € sowie 9.133,47 € und 11.201,38 €. Aus der Summe von 36.497,48 € errechne sich – für die drei Jahre - ein monatlicher Ertrag von 1.013,82 €. Der Kläger habe eine Entnahme aus dem seitens der Beklagten ererbten Vermögen während des ehelichen Zusammenlebens nicht vorgetragen. Soweit der Kläger rüge, es seien Teile des ererbten Vermögens in thesaurierenden Anlagen angelegt worden, handele es sich um eine vom Vater der Beklagten gewählte Anlageform, die diese lediglich fortgeschrieben habe. Es könne daher nur auf die tatsächlich erzielten Erträge in Höhe von 1.013,82 € abgestellt werden. Insgesamt ergebe sich ein Einkommen der Beklagten von 2.541,78 €. Abzugspositionen habe die Beklagte nicht geltend gemacht.

Es errechne sich ein Unterhaltsbedarf des Klägers in Höhe von 430,99 € (2.541,78 € - 1.679,80 € : 2). 22

Unterhalt bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung sei dem Kläger nicht zuzusprechen, da die Beklagte mit einer Forderung aufgerechnet habe, die im Urteil des Landgerichts Münster vom 19.12.2008 (11 O 191/08) mit 30.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.08.2008 gegenüber dem Kläger titulierte worden sei. Bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ergebe sich für die Zeit von März 2008 bis Juni 2010 ein Unterhaltsanspruch des Klägers in Höhe von 12.067,68 €. In dieser Höhe sei die Unterhaltsforderung des Klägers durch Aufrechnung erloschen. Für den laufenden Unterhalt sei die Beklagte zu Unterhaltsleistungen zu verurteilen, da die Aufrechnung lediglich bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung berücksichtigt werden könne. 23

Gegen diese Entscheidung wenden sich beide Parteien mit ihren Berufungen. 24

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung seine erstinstanzlichen Anträge weiter. Die ehelichen Lebensverhältnisse seien vor der Erbschaft der Beklagten im Wesentlichen durch seine Einkünfte und den Verzehr von Vermögen (seine Lebensversicherung, seine Anzahlung aus dem Verkauf des Mandantenstamms) geprägt gewesen. Das Amtsgericht habe bei der Einkommensermittlung der Beklagten die bei der Sparkasse N2 erzielten Zinseinnahmen aus Barguthaben nicht berücksichtigt. Darüber hinaus fehlten weitere Zinserträge bei der Sparkasse in 2009. Die Beklagte habe weitere Zinseinkünfte, weil sie bei der Pfändung seiner monatlichen Rente bei der Q sowie des Steuerguthabens 2008 und des Steuerguthabens aus der Veranlagung 2006 gesetzliche Zinsen in erheblichem Umfang durchgesetzt habe, die in der Steuererklärung nicht aufgeführt worden seien. Es könne auch nicht nur von den in der Steuererklärung angegebenen Kapitaleinkünften ausgegangen werden, da seit 2009 Kapitaleinkünfte, die durch die Abgeltungssteuer erfasst würden, in der Steuererklärung nicht mehr angegeben werden müssten. Die Beklagte habe selbst wesentliche Wertpapiere, nämlich solche im Wert von 631.000,00 €, thesaurierend angelegt und keineswegs die Anlagestrategie ihres verstorbenen Vaters fortgeführt. Von den ursprünglich im September 2005 im Depot des Vaters vorhandenen 26 Anlagen seien Anfang 2007 nur noch 3 im Bestand gewesen. Die Beklagte habe das Depot völlig umgeschichtet und zum Teil Papiere gezeichnet, die erst Ende 2011 bzw. 2020 fällig werden. Das Amtsgericht habe zu Unrecht thesaurierte Zinsen beim Einkommen der Beklagten unberücksichtigt gelassen. Ein Unter- 25

haltsschuldner, der sämtliche Kapitalzins- und Wertpapiererträge thesaurieren lasse, stelle sich unterhaltsrechtlich einkommenslos. Ein Recht zur Vermögensbildung stehe dem Unterhaltsschuldner jedoch nicht zu. Es seien daher nach höchstrichterlicher Rechtsprechung fiktive Zinsen anzusetzen und zu berücksichtigen. Die tatsächliche rechnerische Verzinsung habe in 2008 0,88 % und in 2009 1,25 %, bezogen auf die jeweiligen Bestände, betragen. Es sei von einem Jahresdurchschnittsbestand in den Depots von 2007 bis 2009 in Höhe von 832.734,00 € auszugehen. Bei einer angenommenen Verzinsung dieses durchschnittlichen Bestandes mit 4,5 % fielen jährlich 37.473,00 € an Zinserträgen an. Dieser Betrag sei um 25 % Zinsabschlagsteuer zu vermindern, so dass sich ein erzielter oder zumindest erzielbares Nettoeinkommen in Höhe von 28.105,00 € ergebe. Monatlich seien dies 2.342,00 €.

Der Wohnwert für die von der Beklagten bewohnte Immobilie sei zu niedrig angesetzt worden. Das Haus sei luxuriös ausgestattet. Der Wohnwert betrage mindestens 7,00 €/qm, also insgesamt 1.386,00 €. Da das Trennungsjahr abgelaufen sei, die Beklagte nie einen Verkauf beabsichtigt habe und ihr damit keine Nutzung aufgedrängt worden sei, sei vom objektiven und nicht von einem subjektiven Wohnwert auszugehen. Bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung seien die Gebäudeabschreibungen nicht zu berücksichtigen. 26

Das Amtsgericht habe zu Unrecht durchgehend mit seinen vorläufigen Einkünften des Jahres 2008 gerechnet. Auch sein Einkommen sei – wie das der Beklagten – auf einen Dreijahresschnitt zu korrigieren. Die Einnahmen aus dem Verkauf des Mandantenstamms seien hinsichtlich ihres Tilgungsanteils nicht als Einkommen zu berücksichtigen, sondern nur hinsichtlich ihres Zinsanteils. Lediglich die Erträge aus dem Kaufpreis seien berücksichtigungsfähiges Einkommen. Durch die jährlich steigenden Tilgungsanteile verminderten sich die Zinsen jährlich erheblich. In der für seine selbständige Tätigkeit erstellten vorläufigen Gewinnermittlung für das Jahr 2008 seien durch einen Buchungsfehler irrtümlich die Einnahmen aus der Veräußerung des Mandantenstammes in Höhe von 10.933,00 € ausgewiesen, so dass sich per Saldo ein Gewinn von 7.795,29 € = 649,61 € monatlich ergeben habe, der vom Familiengericht auch angesetzt worden sei. Die endgültige – auch beim Finanzamt eingereichte – Gewinnermittlung schließe mit einem Verlust von 3.567,93 € ab. Der vom Amtsgericht angesetzte Betrag von 649,61 € sei zu kürzen. Die Verluste aus seiner selbständigen Tätigkeit seien durchgehend – so der Kläger im Senatstermin – mit 0 zu berücksichtigen. Der Aushilfslohn, den das Amtsgericht mit 400,00 € angesetzt habe, sei mit Ablauf des Jahres 2009 entfallen. Die Steuererstattungen für 2006 und 2008 seien auf seiner Seite nicht als Einkommen zu berücksichtigen, da sie ihm nicht zugeflossen seien. Das gleiche gelte für die gepfändeten Renten von der Q. Er habe insoweit ehebedingte Verbindlichkeiten zurückgeführt. Die W GmbH & Co. KG trage – entsprechend der vertraglichen Regelung im Praxisübernahmevertrag vom 12.10.2004 – die Grundsteuern sowie die WBI-Verwaltungskosten für das Teileigentum, wobei in den Verwaltungskosten auch die Gebäudeversicherung und die Feuerversicherung enthalten sei. Er unterhalte keine eheähnliche Lebensgemeinschaft. Seine Cousine E erbringe ihm aus reiner Menschlichkeit gelegentliche Pflegedienste. Er sei über 80 Jahre alt und krank (GdB über 50). Er leide an COPD sowie einer Funktionsstörung der Lendenwirbelsäule, die ihn in seiner Gehfähigkeit stark behindere. Er habe rechts ein künstliches Kniegelenk, könne weder seinen Haushalt alleine bewältigen noch alleine die notwendigen Besorgungen verrichten. Seine Cousine wohne nicht bei ihm, sondern unterhalte eine eigene Wohnung 10 km entfernt im Hause G-Straße 12 in N. Sie beuge sich nur zwei bis drei Mal wöchentlich zu ihm, um ihm zu helfen. Es bestehe keine darüber hinausgehende Beziehung. Er erspare keine Aufwendungen, sondern habe – aus gesundheitlichen Gründen – erhebliche Mehraufwendungen. 27

Der Kläger ist der Ansicht, dass gegenüber Unterhaltsansprüchen ein Aufrechnungsverbot besteht. Er schulde der Beklagten keinen Betrag in Höhe von 11.078,75 €. Er habe keinen Zugewinn erzielt. Sein Endvermögen liege um 217.443,00 € unter seinem Anfangsvermögen. Er gehe davon aus, dass ihm gegen die Klägerin ein Anspruch auf Zugewinnausgleich in Höhe von vorläufig 101.750,00 € zustehe. Seine Bestellungen als Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsbeistand habe er Ende 2010 zurückgegeben.	
Der Kläger beantragt,	29
das amtsgerichtliche Urteil abzuändern und die Beklagte entsprechend den erstinstanzlichen Anträgen zu verurteilen.	30
Die Beklagte beantragt,	31
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	32
Ferner beantragt die Beklagte,	33
das amtsgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.	34
Der Kläger beantragt,	35
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	36
Die Beklagte bestreitet weiterhin die Bedürftigkeit des Klägers. Der Kläger sei in der Lage, sich selbst aus seinen Einkünften und seinem Vermögen zu unterhalten. Das Amtsgericht habe zu Unrecht nur 281,46 € Mieteinnahmen auf Seiten des Klägers berücksichtigt. Vielmehr seien 660,00 € anzusetzen. Abzüge hiervon seien nicht vorzunehmen, weil der Kläger keine Kosten aufbringen müsse. Die U Treuhand erstatte dem Kläger die Grundsteuer und die Kosten. Das Amtsgericht habe zu Unrecht nur die Zinseinnahmen aus der Veräußerung des Mandantenstamms als Einkommen berücksichtigt. Es sei der volle Betrag von 911,11 € monatlich als Einkommen anzusetzen. Es komme nicht darauf an, dass diese Zahlung auf das Endvermögen des Klägers geleistet werde. Die Zahlungen stellten ein bedarfsprägendes Einkommen dar. Es handele sich um ein regelmäßiges Einkommen über den Zeitraum von zehn Jahren. Sämtliche Einkünfte des Klägers, auch die aus der Veräußerung des Mandantenstammes, hätten in der Ehezeit dem Unterhalt beider Eheleute gedient. Das Amtsgericht habe sich nicht mit ihrer fehlenden Leistungsfähigkeit auseinander gesetzt. Eine Unterhaltsleistung sei für sie nicht zumutbar, da sie für ihren eigenen Unterhalt und ihre Altersvorsorge aufkommen müsse. Es bestehe kein Anlass, das Vermögen aufzubreuchen. Auch der Kläger habe keine Vermögenswerte für den Unterhalt der Eheleute verwandt. Den Auszahlungsbetrag der Lebensversicherung in Höhe von 118.217,00 € habe der Kläger dazu verwandt, Verbindlichkeiten aus dem Betrieb seiner Wirtschaftsprüferpraxis bei der Sparkasse N2 zu begleichen. Das Geld sei nicht in den allgemeinen Lebensunterhalt der Eheleute geflossen. Es habe sich zudem nicht um die eigene Altersvorsorge des Klägers, sondern um ihre Altersvorsorge gehandelt. Der Betrag habe ihr erstattet werden sollen, wenn der Kläger seine Immobilie verkaufe. Mit dem durch den Verkauf der Wirtschaftsprüferpraxis erzielten Erlös habe der Kläger ebenfalls Verbindlichkeiten ausgeglichen. Das Amtsgericht habe außer Acht gelassen, dass sie im Hinblick auf ihr ererbtes Vermögen Verluste erlitten habe, die bis heute noch nicht ausgeglichen seien. Sie habe über den Zeitraum von drei Jahren einen Verlust in Höhe von 279.995,06 € gehabt. Der monatsanteilige Betrag von 7.777,64 € sei von ihren Einkünften abzuziehen. Der Kläger könne nicht von den Gewinnen profitieren und gleichzeitig an den Verlusten nicht teilhaben. Das Amtsgericht habe bei ihr die	37

sich aus den Einkommensteuererklärungen und den Einkommensteuerbescheiden ergebenden Abzugspositionen nicht berücksichtigt. Von den Zinseinnahmen seien die Werbungskosten, Vorsorgeaufwendungen (Krankenkassenbeiträge) sowie Einkommensteuer, Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer in Abzug zu bringen. Aus den Jahreseinkünften der Jahre 2007 bis 2009 sei ein Mittelwert zu bilden, da ihr Einkommen variere. Das Amtsgericht habe zu Recht die thesaurierten Gewinne unberücksichtigt gelassen. Für die Unterhaltsleistung könnten diese nicht herangezogen werden, da sie der Vermögensbildung dienten. Der Umfang der Vermögensbildung sei angemessen. Der Kläger könne nicht geltend machen, sie müsse eine andere Anlageform wählen, um höhere Einkünfte zu erzielen, da diese Anlageform von ihrem Vater so vorgegeben worden sei und der Kläger ihren Vater bei der Geldanlage beraten habe. Schon während des ehelichen Zusammenlebens hätten die thesaurierten Gewinne der Vermögensbildung gedient. Sie sei nicht verpflichtet, die Anlagestrategie zu ändern. Der Zinsertrag bei der Sparkasse N2 habe in 2009 7.246,60 € betragen. Der Betrag von 1.596,28 € sei nicht als Einkommen zu berücksichtigen, da es sich um Erträge aus thesaurierendem Investmentvermögen handele, die nicht an sie ausgezahlt worden seien. Der Betrag sei nicht zu addieren, weil er bereits in den Kapitalerträgen enthalten sei. Sie habe die Verkäufe tätigen müssen, um notwendige Anschaffungen finanzieren zu können.

Ihr könne nicht der volle Wohnwert zugerechnet werden, da sie selbst nur einen Wohnbedarf 38 habe, der mit der Hälfte des Wohnwertes anzusetzen sei. Der Wohnvorteil sei auch nicht in das Einkommen einzurechnen, sondern auf die Einkommensdifferenz aufzuschlagen. Es sei nicht der objektive, sondern nur der subjektive Wohnvorteil anzusetzen, da die Ehe der Parteien noch nicht geschieden sei. Zumindest für das erste Trennungsjahr sei der subjektive Mietwert anzusetzen. Es könnten maximal 600,00 € objektiver Mietwert in Ansatz gebracht werden. Es sei zu berücksichtigen, dass mit zunehmender Wohnungsgröße der Mietwert sinke. Für die Garage könne allenfalls ein Wert von 5,00 € angesetzt werden, da eine Garage – ebenso wie ein weiterer Stellplatz – üblicherweise zu einem Einfamilienhaus gehöre. Die Mieteinnahmen aus der Vermietung der Immobilie N-Straße seien nicht berücksichtigungsfähig. Die Einkünfte aus ihrem ererbten Vermögen seien nicht eheprägend. Diese seien nicht für den Lebensunterhalt der Eheleute verwandt worden. Der Kläger müsse sich ersparte Aufwendungen anrechnen lassen, die er dadurch habe, dass er mit seiner neuen Lebensgefährtin E zusammen lebe. Frau E sei keine Blutsverwandte des Klägers, sondern lediglich angeheiratet (sie sei die Witwe seines Cousins). Bis zur Trennung der Parteien habe diese eine 3-Zimmer-Wohnung in N (H-Straße) bewohnt und sei nur - pro forma – in ein Zimmer bei einer Arbeitskollegin in die G-Straße umgezogen, wobei es sich um eine Art Wintergarten als Anbau zu einem Flachdachbungalow ohne eigene Küche und eigenes Bad handele. Der Kläger und Frau E hätten sich gegenüber dem Vermieter des Klägers wegen der Namensgleichheit als Ehepaar ausgegeben. Frau E habe sich und dem Kläger zu Weihnachten 2007 ein neues Ehebett geschenkt. Das Amtsgericht habe die diesbezüglich von ihr angebotenen Beweise nicht erhoben. Der Vortrag des Klägers zu dem Darlehen über 12.000,00 € sei nicht hinreichend substantiiert. Es sei nicht ersichtlich, wieso der Umzug 12.000,00 € gekostet habe. Zudem habe sie sich im Verfahren 30 F 198/07 AG Steinfurt verpflichtet, für die Umzugskosten des Klägers bis zu einer Höhe von 2.500,00 € aufzukommen. Tatsächlich seien Umzugskosten in Höhe von 810,00 € angefallen, die sie auch übernommen habe. Darüber hinaus habe sie dem Kläger am 03.01.2008 noch 5.000,00 € für den Kauf einer neuen Küche zur Verfügung gestellt. Weitere Neuanschaffungen von Mobiliar seien nicht notwendig gewesen, weil der Kläger mehrere Möbelstücke und Haushaltsgegenstände aus der ehelichen Wohnung mitgenommen habe. Das Amtsgericht habe verkannt, dass die Aufrechnung bis sechs Monate nach Schluss der mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen sei, da bei Unterhaltszahlungen eine Aufrechnung bis zu

sechs Monate im Voraus erklärt werden könne. Es werde auch weiterhin hilfsweise die Aufrechnung mit ihren Gegenforderungen, nämlich der durch Urteil des LG Münster vom 19.12.2008, 11 O 191/08, titulierten Forderung aus Darlehen gegen den Kläger in Höhe von 30.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.08.2008 abzüglich bereits vollstreckter Beträge erklärt. Darüber hinaus bestehe eine weitere Forderung in Höhe von 11.078,75 €, weil der Kläger 25.000,00 € von ihrem Vater zur Begleichung von Krankheits- und Beerdigungskosten erhalten habe. Nach Abzug dieser Kosten sei ein Überschuss in Höhe von 11.391,57 € verblieben, der an sie als Erbin herauszugeben sei. Zumindest in Höhe von 11.078,75 € sei die Forderung unstreitig. Mit dieser Forderung erkläre sie ebenfalls hilfsweise die Aufrechnung. Ferner habe sie gegen den Kläger einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsvorteils der ehelichen Wohnung. Sie sei am 19.08.2007 aus dem Haus ausgezogen und habe in verschiedenen Hotels übernachtet. Der Kläger sei erst am 23.12.2007 nach Durchführung eines Wohnungszuweisungsverfahrens (30 F 198/07 AG Steinfurt) ausgezogen. Für die Zeit, in der der Kläger das Haus allein bewohnt habe, habe er der Beklagten die laufenden Kosten zu erstatten. Die laufenden Kosten (Schornsteinfeger, Heizungswartung, Grundbesitzabgaben, Stadtwerke, Gärtner) für drei Monate beliefen sich auf 1.921,21 €. Auch mit diesem Anspruch rechne sie hilfsweise auf. Weiter erkläre sie hilfsweise mit einem Betrag von 8.000,00 € die Aufrechnung. Diesen Betrag habe sie am 11.07.2005 auf das Geschäftskonto des Klägers überwiesen, um dieses auszugleichen. Schließlich werde hilfsweise die Aufrechnung mit Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 224,91 € erklärt. Diese seien ihr im Zwangsvollstreckungsverfahren (05 T 237/10 LG Münster/33 M 2530/09 AG Münster) entstanden, als der Kläger Beschwerde eingelegt habe, die auf seine Kosten zurückgewiesen wurde. Hilfsweise rechne sie auch mit Zugewinnausgleichsansprüchen auf. Sie habe keinen Zugewinn erzielt. Ihr Anfangsvermögen und Endvermögen bestünden allein in der Erbschaft. Der Kläger habe 250.000,00 DM Schulden gehabt, als sie geheiratet hätten, die von ihnen gemeinsam abbezahlt worden seien. Sein Zugewinn betrage damit mindestens 127.822,97 €. Ihr stehe ein Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von mindestens 63.911,49 € zu.

Der Kläger habe ab Januar 2005 bis Ende 2007 766,00 € monatlich Haushaltsgeld zur Verfügung gestellt, während er sein übriges Einkommen für sich behalten habe. Ferner bestreite sie mit Nichtwissen, dass das Aushilfsgehalt des Klägers seit 2010 weggefallen sei und der Kläger in 2010 alle Bestellungen zurückgegeben habe. Auch in den Vollstreckungsanträgen werde dies nur vorgetragen. Nachweise habe der Kläger nicht vorgelegt. Falls der Senat mit dem Kläger nur den Zinsanteil aus dem Verkauf des Mandantenstammes als Einkommen berücksichtigen sollte, müsse für jedes Jahr einzeln ausgerechnet werden, wie hoch der durchschnittliche Zinsanteil gewesen sei, da der in der Vergangenheit liegende Unterhalt nach den tatsächlichen Einkommensverhältnissen zu berechnen sei. Lediglich für die Zukunft müsse ein Mehrjahresdurchschnitt für die Prognose herangezogen werden. Es müsse zwischen den Einkünften des Klägers aus der Restbeteiligung an der Praxis, die das Amtsgericht in Höhe von monatlich 649,61 € angesetzt habe, und dem Erlös aus der Veräußerung des Mandantenstamms in Höhe von 911,11 € differenziert werden. Gegen einen etwaigen Unterhaltsanspruch des Klägers könne sie mit eigenen Gegenforderungen aufrechnen. Ein dem Kläger ggf. zustehender Unterhaltsanspruch sei in voller Höhe pfändbar, da sein eigenes Einkommen schon oberhalb der Pfändungsfreigrenze liege. Ein Aufrechnungsverbot bestehe nur, soweit dem Unterhaltsgläubiger kein über die Pfändungsfreigrenze hinausgehender Betrag mehr zur Verfügung stehe.

39

II.

40

41

1.	
Auf das Verfahren ist das bis zum 31.08.2009 geltende Verfahrensrecht anzuwenden, da das Verfahren vor dem 01.09.2009 eingeleitet wurde (Art. 111 Abs. 1 S. 1 FGG-RG).	42
2.	43
Die Berufungen beider Parteien sind zulässig, die Berufung des Klägers ist teilweise begründet. Hingegen hat die Berufung der Beklagten keinen Erfolg.	44
3.	45
Dem Kläger steht gegen die Beklagte ab März 2008 ein Anspruch auf Trennungsunterhalt gem. § 1361 Abs. 1 S. 1 BGB in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu.	46
a)	47
Nach § 1361 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt sich das Maß des eheangemessenen Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen, insbesondere den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Eheleute. Die Bedarfsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen ist nach der Rechtsprechung des BGH als Teilhabe an einer dynamischen Entwicklung zu verstehen, die Änderungen sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht erfahren kann. Der Trennungsunterhalt wird daher grundsätzlich nach dem jeweiligen Stand der wirtschaftlichen Verhältnisse bemessen, an deren Entwicklung bis zur Scheidung die Ehegatten gemeinschaftlich teilhaben. Die sich aus der Fortschreibung der maßgebenden Verhältnisse ergebenden Folgen wirken sich in der Trennungszeit aus, denn bei Weiterführung der Ehe hätte der andere Ehegatte wirtschaftliche Änderungen ebenfalls mittragen müssen (vgl. auch Wendl/Dose-Bömelburg, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. Rz. 61 m.w.N.).	48
Maßgeblich für die Bedarfsbemessung und die Berechnung des Trennungsunterhalts sind die gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten in dem Zeitraum, für den Trennungsunterhalt verlangt wird. Der Trennungsunterhalt darf also - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht nach dem vor der Trennung bezahlten Haushaltsgeld oder den vor der Trennung bestehenden wirtschaftlichen Verhältnissen bemessen werden. Maßgeblich sind die aktuellen Einkommensverhältnisse, an deren Entwicklung die Eheleute bis zur Scheidung gemeinschaftlich teilhaben (Bömelburg, a.a.O., Rz. 62).	49
aa)	50
Das Amtsgericht hat auf Seiten des Klägers 649,61 € Restbeteiligung Wirtschaftsprüferpraxis, 281,46 € Mieteinnahmen W GmbH + Co.KG, 56,80 € Einnahmen W Verwaltungs GmbH, 180,00 € Zinsen Veräußerung W, 400,00 € Einkommen Aushilfskraft, 442,15 € 1. Rente und 253,68 € 2. Rente berücksichtigt und hiervon 397,00 € Darlehen Sparkasse Umzug, 172,00 € Einkommensteuer und 15,00 € Gewerbesteuer in Abzug gebracht.	51
Tatsächlich sind auf Seiten des Klägers seine Einkünfte aus der gesetzlichen Rente sowie aus der privaten Rente von der Q, aus der Aushilfstätigkeit für die U Treuhand, aus seiner selbständigen Tätigkeit als Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, aus Gewerbe (W GmbH & Co. KG) sowie aus dem Verkauf des Mandantenstamms als eheprägende Einkünfte zu berücksichtigen, von denen lediglich Einkommensteuern in Abzug zu bringen sind.	52
(1)	53

Bei der gesetzlichen Rente des Klägers ist das Amtsgericht von Einkünften in Höhe von 253,68 € monatlich ausgegangen, was von beiden Parteien im Berufungsverfahren nicht angegriffen wird.	54
(2)	55
Die private Rente von der Q hat das Amtsgericht mit 442,15 € monatlich berücksichtigt. Auch dieser Betrag wird im Berufungsverfahren grundsätzlich nicht angegriffen.	56
Allerdings fließt dem Kläger die Rente aufgrund der von der Beklagten ausgebrachten Pfändung ab Oktober 2009 nicht mehr zu.	57
Grundsätzlich bleibt es dabei, dass der Kläger die Rente von der Q formal weiterhin bezieht und auch versteuert. Unterhaltsrechtlich bleibt die Rente Einkommen.	58
Durch die Pfändung in Höhe von 442,15 € monatlich trägt der Kläger jedoch quasi ratenweise das ihm vom Vater der Beklagten in der Ehezeit gewährte Darlehen über 30.000,00 €, das er für den Kauf eines PKW verwandt hat, ab. Grundsätzlich sind beim Ehegattenunterhalt Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, wenn sie schon vor oder während des ehelichen Zusammenlebens eingegangen wurden (vgl. Ziff. 10.4.1 HLL). Etwaige Ratenzahlungen des Klägers auf das Darlehen wären unterhaltsrechtlich daher einkommensmindernd zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund setzt der Senat die Rente von der Q ab Oktober 2009 nicht mehr als Einkommen auf Seiten des Klägers an, da sich die Renteneinkünfte und die quasi ratenweise Abtragung des Darlehens aufheben.	59
Der Senat berücksichtigt die 442,15 € monatlich daher nur in 2008 und setzt in 2009 die Qrente mit einem Jahresdurchschnittsbetrag von 331,61 € monatlich ($9 \times 442,15 \text{ €} = 3.979,35 \text{ €} : 12 = 331,61 \text{ €}$) an. Ab Januar 2010 ist die Q-Rente entsprechend den obigen Ausführungen nicht mehr als Einkommen zu berücksichtigen.	60
(3)	61
In den Jahren 2008 und 2009 hat der Kläger aus seiner Aushilfstätigkeit als angestellter Steuerberater für die U Treuhand monatlich 400,00 € erzielt. Die Aushilfstätigkeit wurde – dies ergibt sich auch aus dem Schreiben der U Treuhand vom 01.02.2012 – zum 31.12.2009 beendet. Da der Kläger angesichts seines hohen Alters zur Aufgabe der Aushilfstätigkeit berechtigt war, da ihn ab Vollendung des 65. Lebensjahres unterhaltsrechtlich keine Erwerbsobliegenheit mehr traf, kann das Einkommen nur bis zum Dezember 2009 berücksichtigt werden und ist entsprechend Ziff. 15.2.1 HLL um den Erwerbstätigenbonus ($1/7 = 57,14 \text{ €}$) zu verringern, so dass in die Unterhaltsberechnung nur 342,86 € einzustellen sind.	62
(4)	63
Aus seiner selbständigen Tätigkeit als Steuerberater und Wirtschaftsprüfer hat der Kläger ausweislich der Gewinnermittlungen bzw. Einnahmenüberschussrechnung gem. § 4 Abs. 3 EStG in 2008, 2009 und 2010 nur Verluste erzielt. Entsprechend der Erklärung des Klägers im Senatstermin sollen diese Verluste nur mit dem Wert 0 in der Unterhaltsberechnung berücksichtigt werden. Ob die Rückgabe der Bestellungen als Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsbeistand zu Ende 2010 erfolgt ist, kann dahinstehen. Denn für 2011 und 2012 wäre eine Prognose zur Höhe der Gewinne vorzunehmen. Dabei wäre nach Ziff. 1.5 HLL auf einen mehrjährigen Zeitraum abzustellen, wobei in der Regel drei Jahre	64

ausreichend sind. Ein Rückgriff auf die Einkünfte des Klägers in 2005 und den Vorjahren käme – entgegen der Auffassung der Beklagten – nicht in Betracht, da der Kläger bis zum 02.01.2005 noch selbständig in seiner eigenen Praxis tätig war, diese Praxis bzw. den Mandantenstamm jedoch an die U Treuhand verkauft hat. Angesichts seines Alters von damals knapp 75 Jahren war der Kläger zu diesem Verkauf unterhaltsrechtlich auch berechtigt.

Unter Zugrundelegung der in 2008 bis 2010 erzielten Verluste könnte auch für 2011 und 2012 nur ein Wert von 0 in die Unterhaltsberechnung eingestellt werden. 65

(5) 66

Das Amtsgericht hat „Mieteinnahmen W GmbH & Co.KG“ mit 281,46 € als Einkommen berücksichtigt. 67

Der Kläger hat – um Steuern zu sparen, die entstanden wären, wenn er das Teileigentum aus seinem Steuerberaterbetriebsvermögen in sein Privatvermögen übertragen hätte – die W GmbH & Co.KG gegründet. Diese hat das Teileigentum an die U Treuhand vermietet, was sich auch aus dem Praxisübertragungsvertrag vom 12.10.2004 ergibt. Dem Kläger fließen daher – anders als die Beklagte meint – die 660,00 € Miete zzgl. Umsatzsteuer nicht direkt zu, sondern zunächst der W GmbH & Co.KG. Der Kläger erzielt mit der W GmbH & Co.KG Einkünfte aus Gewerbe und erklärt diese mit der Anlage G zur Steuererklärung. 68

Im Jahr 2008 hat die W GmbH & Co.KG laut Gewinn- und Verlustrechnung einen Jahresüberschuss in Höhe von 3.097,28 € erzielt. Im Jahr 2009 waren es 3.475,91 € und in 2010 3.155,90 €. Bei den Mieteinkünften wurden zu Recht jeweils nur die Nettomieten (12 x 660,00 € = 7.920,00 €) angesetzt und nicht auch die Umsatzsteuerzahlungen des Mieters, da sich bei der Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich gem. § 4 Abs. 1 EStG umsatzsteuerliche Vorgänge nicht auf den Gewinn auswirken. Zwar entsteht mit Erbringung und Abrechnung einer umsatzsteuerpflichtigen Leistung eine Forderung in Höhe des Bruttobetrag, gleichzeitig entsteht jedoch gegenüber dem Finanzamt eine Verbindlichkeit in Höhe der vereinnahmten Umsatzsteuer, so dass sich Steuerforderung und –verbindlichkeit aufheben, sich also nur die Nettoforderung auf den Gewinn auswirkt (vgl. Wendl/Dose-Kemper, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., § 1 Rz. 226). 69

Soweit in den Gewinn- und Verlustrechnungen für 2008 bis 2010 jeweils in Höhe von 411,00 € Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens und Sachanlagen in Abzug gebracht worden sind, sind diese unterhaltsrechtlich nicht zu korrigieren, da es sich nicht um AfA für Gebäude handelt, sondern für Gegenstände, die der Kläger gekauft hat und sich jetzt noch in den vermieteten Räumlichkeiten befinden. 70

Die W GmbH & Co.KG kann auch Kosten von den Mieteinnahmen in Abzug bringen. Entgegen der Auffassung der Beklagten bekommt die W GmbH & Co.KG ausweislich der Vereinbarungen im Praxisübernahmevertrag vom 12.10.2004 nicht alle Kosten von der U Treuhand erstattet, da sich der Kläger verpflichtete, die Kosten für Gebäudeversicherung, Grundsteuer, Instandhaltungsrücklage zu tragen. Hinzu kommen die WBI-Verwaltungskosten, die nach den Angaben des Klägers im Senatstermin zwischen 198,00 € und 204,00 € monatlich betrugen. 71

Von 2008 bis 2010 hat der Kläger über die W GmbH & Co.KG Einkünfte aus Gewerbe in einer Gesamthöhe von 72

73

3.097,28 € 2008	
+ 3.475,91 € 2009	74
+ 3.155,90 € 2010	75
9.729,09 €	76
erzielt. Monatsdurchschnittlich ist daher von 2008 bis 2010 von Gewerbeeinkünften in Höhe von 270,25 € auszugehen, die auch für die Zeit ab 2011 fortzuschreiben sind.	77
(6)	78
Die Parteien streiten darüber, ob nur die Zinsen oder die gesamte Rate für die Veräußerung des Mandantenstamms als Einkommen auf Seiten des Klägers zu berücksichtigen ist. Das Amtsgericht hat dem Kläger durchgehend 180,00 € „Zinsen aus Veräußerung W“ als Einkommen angerechnet.	79
Der Kläger erhält ausweislich des Praxisübernahmevertrags vom 12.10.2004 911,11 € monatlich von der U Treuhand für die Veräußerung des Mandantenstamms. Die 911,11 € schlüsseln sich auf in einen Zins- und einen Tilgungsanteil. Der Zinsanteil betrug ausweislich des Zahlungsplans in 2008 209,41 € (2.512,89 € : 12), in 2009 180,82 € (2.169,82 € : 12), in 2010 151,07 € (1.812,79 € : 12), in 2011 120,10 € (1.441,23 € : 12) und beträgt in 2012 87,87 € (1.054,49 € : 12).	80
Nach Auffassung des Senats ist nur der Zinsanteil als Einkommen zu berücksichtigen, da dem Kläger, wenn er in 2005 die 135.000,00 € für den Verkauf des Mandantenstamm in einer Summe erhalten hätte, auch nur Zinseinkünfte zugerechnet würden, weil der Kläger seinen Vermögensstamm zur Deckung seines Bedarfs nicht angreifen muss.	81
Eine Verpflichtung zur Verwertung des Vermögensstamms durch den Unterhaltsberechtigten im Rahmen des Trennungsunterhalts ist gesetzlich nicht geregelt. Es fehlt eine dem § 1577 Abs. 3 BGB entsprechende Bestimmung. Eine Pflicht zur Verwertung des Vermögensstamms kann sich nach der Rechtsprechung des BGH aus § 1361 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ergeben (vgl. Wendl/Dose-Dose, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., § 1 Rz. 614 m.w.N.). Diese Verpflichtung geht allerdings beim Trennungsunterhalt weniger weit als beim Scheidungsunterhalt, bei dem jeder der beiden Scheidungspartner im Grundsatz wirtschaftlich auf eigenen Füßen stehen soll (§ 1569 BGB), während beim Trennungsunterhalt die wirtschaftliche Grundlage der ehelichen Gemeinschaft zunächst noch nicht beeinträchtigt und offen gehalten werden soll, dass die Ehegatten nach Möglichkeit wieder zu ihrer ehelichen Gemeinschaft zurückfinden. Außerdem haben die Eheleute während der Trennungszeit noch eine stärkere Verantwortung füreinander als nach der Scheidung, was ebenfalls gegen eine Verwertung des Vermögens des Berechtigten sprechen kann (Dose, a.a.O. m.w.N.).	82
Im Rahmen der insofern durchzuführenden Billigkeitsabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Kläger und die U Treuhand als Käufer des Mandantenstamms über einen Teil des Kaufpreises, nämlich 90.000,00 €, quasi einen Darlehensvertrag geschlossen haben. Auch die Rückzahlung einer Darlehensvaluta ist grundsätzlich unterhaltsrechtlich nicht als Einkommen anzusehen, sondern als Zahlung auf das Vermögen. Darüber hinaus endet die Ratenzahlung im Dezember 2014. Der Kläger ist dann 84 Jahre alt und muss – da er nur über geringe Renten und Mieteinkünfte verfügt – seinen Lebensunterhalt auch aus seinem Vermögensstamm bestreiten.	83

(7)	84
Das Amtsgericht hat auf Seiten des Klägers Einnahmen in Höhe von 649,61 € „aus Restbeteiligung Wirtschaftsprüferpraxis“ berücksichtigt.	85
Die Beklagte geht zweitinstanzlich davon aus, dass zwischen den Einkünften aus der Restbeteiligung an der Praxis und dem Erlös aus der Veräußerung des Mandantenstamms differenziert werden müsse.	86
Ausweislich der vorliegenden Unterlagen besteht keine Restbeteiligung des Klägers an der Praxis. Über die Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater hinausgehende Einkünfte aus einer Beteiligung hätte der Kläger in der Anlage S zur Steuererklärung (Zeile 6 ff.) aufführen müssen. Dort sind jedoch weder in 2008 noch in 2009 noch in 2010 derartige Beteiligungen aufgeführt. Auch aus dem Praxisübernahmevertrag vom 12.10.2004 ergibt sich eine solche Beteiligung an der übernehmenden Sozietät nicht.	87
Woraus sich sonst eine Beteiligung des Klägers an der Praxis ergeben sollte, trägt die Beklagte nicht spezifiziert vor. Hierzu wäre die Beklagte jedoch im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast verpflichtet gewesen, da es sich für den Kläger um eine sog. negative Tatsache handelt.	88
Vor diesem Hintergrund können dem Kläger keine Einkünfte aus einer Restbeteiligung an der Wirtschaftsprüferpraxis zugerechnet werden.	89
(8)	90
Das Amtsgericht hat dem Kläger Einnahmen in Höhe von 56,80 € monatlich aus der W Verwaltungs GmbH zugerechnet.	91
Nach den – von der Beklagten nicht bestrittenen - Angaben des Klägers im Senatstermin sind diese Gewinne der W Verwaltungs GmbH jedoch nur buchmäßig aktiviert und nicht an ihn ausgeschüttet worden. Dieser Vortrag des Klägers wird dadurch bestätigt, dass sich die Gewinne in Höhe von 1.476,62 € für 2008 bzw. 1.719,44 € für 2009 bzw. 2.023,55 € für 2010 nicht als Einkünfte aus Kapitalvermögen in den Steuererklärungen bzw. –bescheiden wiederfinden.	92
Anhaltspunkte dafür, dass die Gewinne der W Verwaltungs GmbH während des ehelichen Zusammenlebens aktiviert und durch diese Gewinne die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt wurden, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Aus den vorliegenden Steuerbescheiden für 2005 bis 2007 ergibt sich vielmehr, dass auf Seiten des Klägers nur 23,00 € bzw. 2 x 47,00 € Kapitaleinkünfte jährlich erzielt wurden.	93
Vor diesem Hintergrund sind dem Kläger keine Einnahmen aus der W Verwaltungs GmbH zuzurechnen.	94
(9)	95
Das Amtsgericht hat auf Seiten des Klägers 397,00 € monatlich für „Darlehen Umzug“ in Abzug gebracht.	96
Die Beklagte rügt in der Berufungsinstanz die Berücksichtigungsfähigkeit dieses Darlehens.	97
	98

Ob auch erst nach der Trennung/Scheidung aufgenommene neue einseitige Verbindlichkeiten, soweit sie unumgänglich sind bzw. nicht leichtfertig eingegangen wurden und deshalb auch ohne Trennung/Scheidung entstanden wären, für die Bedarfsermittlung zu berücksichtigen wären (vgl. Wendl/Dose-Gerhardt, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., § 1 Rz. 1084 m.w.N.), kann dahingestellt bleiben. Denn der erstinstanzliche pauschale Verweis auf den Umzug und die im Senatstermin durch den Kläger vorgelegte Liste genügen als substantiierter Sachvortrag für die Notwendigkeit der Darlehensaufnahme und die Verwendung der Darlehenssumme für unumgängliche/nicht leichtfertige Anschaffungen angesichts des spezifizierten Vortrags der Beklagten, dass sie die Umzugskosten getragen hat und dem Kläger auch noch 5.000,00 € für neue Hausratsgegenstände gezahlt hat, nicht. Zweifel an der Notwendigkeit der Aufnahme eines Darlehens bestehen nach Auffassung des Senats darüber hinaus auch wegen der Möglichkeit des Klägers, den Tilgungsanteil aus der Mandantenstammveräußerungsrate (in 2008: 701,70 € monatlich, in 2009: 730,29 € monatlich, in 2010: 760,04 € monatlich) zur Finanzierung etwaigen trennungsbedingten Mehrbedarfs – zu dem sicherlich nicht die Anwaltskosten für Wohnungszuweisung und wegen Bedrohung gehören - einzusetzen. Die Darlehensrate kann daher nicht einkommensmindernd berücksichtigt werden.

(10) 99

Das Amtsgericht hat auf Seiten des Klägers durchgehend Einkommensteuern in Höhe von 172,00 € monatlich (2.064,00 € pro Jahr) in Abzug gebracht. 100

Für 2008 betrug die Belastung mit Einkommensteuer, Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag ausweislich der Steuerbescheide jedoch nur 327,91 €, für 2009 558,44 € und für 2010 1.195,89 €. 101

Soweit der Kläger ausweislich der Steuerbescheide für 2008 und 2009 eine Steuererstattung erhalten hat, kann diese nicht als Einkommen berücksichtigt werden, da sie auf den hohen Vorauszahlungen beruht, die der Senat dem Kläger jedoch nicht einkommensmindernd angerechnet hat, da die Steuerermittlung vorliegend nach dem sog. Für-Prinzip erfolgt. 102

Für 2008 ist nur eine Steuerbelastung in Höhe von monatlich 27,33 € ($327,91 \text{ €} : 12$), für 2009 nur eine in Höhe von monatlich 46,54 € ($558,44 \text{ €} : 12$) und für 2010 nur eine in Höhe von 99,66 € ($1.195,89 \text{ €}$) berücksichtigungsfähig. 103

Für 2011 und 2012 schätzt der Senat die Steuerbelastung anhand der Durchschnittswerte der letzten drei Jahre auf 57,84 € monatlich ($27,33 \text{ €} + 46,54 \text{ €} + 99,66 \text{ €} = 173,53 : 3 = 57,84 \text{ €}$). 104

(11) 105

Das Amtsgericht hat auf Seiten des Klägers 15,00 € monatlich Gewerbesteuer einkommensmindernd berücksichtigt. 106

Bei der W GmbH & Co. KG dürften im Hinblick auf die Grundstücksvermietung allerdings keine Gewerbesteuern anfallen. Eine etwaig zu zahlende Gewerbesteuer hätte gewinnmindernd berücksichtigt werden können und ist weder in den jeweiligen Gewinn- und Verlustrechnungen bzw. der Einnahmeüberschussrechnung noch in der Anlage G der Steuererklärungen für 2008, 2009 und 2010 aufgeführt worden (die in den Gewinn- und Verlustrechnungen für 2008 und 2009 aufgeführten „Steuern“ bezogen sich entsprechend den Erläuterungen des Klägers im Senatstermin auf die Grundsteuer). Bei der W Verwaltungs 107

GmbH ist die Gewerbesteuer in den Beträgen, die für „Steuern vom Einkommen und vom Ertrag“ in Abzug gebracht werden, enthalten. Dies ergibt sich ausdrücklich aus der Aufschlüsselung in dem Nachweis zur Gewinn- und Verlustrechnung der W Verwaltungs GmbH für 2010.

Eine einkommensmindernde Berücksichtigung von Gewerbesteuer kommt daher nicht in Betracht. 108

(12) 109

Soweit die Beklagte mit der Berufung geltend macht, der Kläger sei in der Lage, sich selbst aus seinem Vermögen zu unterhalten, und erstinstanzlich die Auffassung vertreten hat, der Kläger müsse seine Immobilie verwerten, bevor er sie in Anspruch nehme, besteht nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall keine Verpflichtung zur Verwertung des Vermögensstamms. Insofern wird auf die obigen Ausführungen im Rahmen der Berücksichtigungsfähigkeit des Tilgungsanteils der Mandantenstammveräußerungsrate Bezug genommen. 110

(13) 111

Für 2008 bis 2012 errechnet sich das bereinigte Einkommen des Klägers wie folgt: 112

(a) 2008 113

253,68 € gesetzliche Rente 114

+ 442,15 € Rente Q 115

+ 342,86 € 6/7 Aushilfslohn 116

+ 0 € selbständige Tätigkeit 117

+ 270,25 € W GmbH & Co. KG 118

+ 209,41 € Zinsanteil der Rate Veräußerung Mandantenstamm 119

+ - Restbeteiligung Wirtschaftsprüferpraxis 120

+ - W Verwaltungs GmbH 121

- - Darlehen Sparkasse 122

- 27,33 € Einkommensteuer/Kirchensteuer/Solidaritätszuschlag 123

- - Gewerbesteuer 124

1.491,02 € 125

(b) 2009 126

253,68 € gesetzliche Rente 127

+ 331,61 € durchschnittliche Rente Q 128

+ 342,86 € 6/7 Aushilfslohn 129

+ 0 € selbständige Tätigkeit	130
+ 270,25 € W GmbH & Co. KG	131
+ 180,82 € Zinsanteil der Rate Veräußerung Mandantenstamm	132
+ - Restbeteiligung Wirtschaftsprüferpraxis	133
+ - W Verwaltungs GmbH	134
- - Darlehen Sparkasse	135
- 46,54 € Einkommensteuer/Kirchensteuer/Solidaritätszuschlag	136
- - Gewerbesteuer	137
1.332,68 €	138
(c) 2010	139
253,68 € gesetzliche Rente	140
+ - Rente Q	141
+ - Aushilfslohn	142
+ 0 € selbständige Tätigkeit	143
+ 270,25 € W GmbH & Co. KG	144
+ 151,07 € Zinsanteil der Rate Veräußerung Mandantenstamm	145
+ - Restbeteiligung Wirtschaftsprüferpraxis	146
+ - W Verwaltungs GmbH	147
- - Darlehen Sparkasse	148
- 99,66 € Einkommensteuer/Kirchensteuer/Solidaritätszuschlag	149
- - Gewerbesteuer	150
575,34 €	151
(d) 2011	152
253,68 € gesetzliche Rente	153
+ - Rente Q	154
+ - Aushilfslohn	155
+ 0 € selbständige Tätigkeit	156
+ 270,25 € W GmbH & Co. KG	157
	158

+ 120,10 € Zinsanteil der Rate Veräußerung Mandantenstamm	
+ - Restbeteiligung Wirtschaftsprüferpraxis	159
+ - W Verwaltungs GmbH	160
- - Darlehen Sparkasse	161
- 57,84 € Einkommensteuer/Kirchensteuer/Solidaritätszuschlag	162
- - _____ Gewerbesteuer	163
586,19 €	164
(e) 2012	165
253,68 € gesetzliche Rente	166
+ - Rente Q	167
+ - Aushilfslohn	168
+ 0 € selbständige Tätigkeit	169
+ 270,25 € W GmbH & Co. KG	170
+ 87,87 € Zinsanteil der Rate Veräußerung Mandantenstamm	171
+ - Restbeteiligung Wirtschaftsprüferpraxis	172
+ - W Verwaltungs GmbH	173
- - Darlehen Sparkasse	174
- 57,84 € Einkommensteuer/Kirchensteuer/Solidaritätszuschlag	175
- - _____ Gewerbesteuer	176
553,96 €	177
bb)	178
Auf Seiten der Beklagten sind der Wohnvorteil für die Immobilie T-Straße, die Mieteinkünfte für die Immobilie N-Straße und Zinseinkünfte aus ihrem Vermögen aufgrund der Erbschaft nach ihrem am 29.09.2005 verstorbenen Vater eheprägend.	179
Einkommensmindernd sind – dies rügt die Beklagte mit ihrer Berufung zu Recht – Werbungskosten bei den Zinseinnahmen, Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge sowie die Einkommen- und Kirchensteuer- sowie die Solidaritätszuschlagsbelastung zu berücksichtigen.	180
Die Beklagte macht mit ihrer Berufung geltend, sie sei nicht verpflichtet, ihren Vermögensstamm für den Unterhalt des Klägers einzusetzen. Ebenso wie den Kläger keine Obliegenheit zur Verwertung seines Vermögensstammes trifft (vgl. die obigen Ausführungen zur Verneinung der Berücksichtigung des Zinsanteils der Rate aus der Veräußerung des	181

Mandantenstamms), ist auch die Beklagte im Rahmen des hier streitgegenständlichen Trennungsunterhalts nicht verpflichtet, ihren Vermögensstamm für den Trennungsunterhalt des Klägers einzusehen. Hierauf hat sich der Kläger zweitinstanzlich (anders als in erster Instanz) ausdrücklich auch nicht berufen.

Soweit die Beklagte mit der Berufung geltend macht, es sei auch der teilweise Verlust ihres Kapitals bzw. Vermögens zu berücksichtigen, stellt sich schon die Frage, inwieweit sich dieser Verlust aufgrund der von der Beklagten gewählten bzw. von ihrem Vater übernommenen Anlageform überhaupt realisiert hat oder nur buchmäßig angefallen ist. Im Übrigen ist mit Dose (in Wendl/Dose, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., § 1 Rz. 605) davon auszugehen, dass der Verlust des Kapitals oder des Vermögens nicht einkommensmindernd in Abzug zu bringen ist. Ebenso wenig würden Kursgewinne einkommenssteigernd wirken.

(1) 183

Der Vorteil des mietfreien Wohnens im eigenen Haus ist nach Ziff. 5.1 HLL als wirtschaftliche Nutzung des Vermögens wie Einkommen zu behandeln. 184

Das Amtsgericht hat für den gesamten streitgegenständlichen Zeitraum einen einheitlichen Wohnvorteil von 5,00 €/qm bei 198 qm Wohnfläche (= 990,00 €) angesetzt. 185

Nach Auffassung des Senats ist entsprechend Ziff. 5.2 HLL bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags am 26.05.2008 – also bis einschließlich Mai 2008 - allerdings nur der angemessene Wohnwert zu berücksichtigen. Dieser richtet sich nach dem Mietpreis (Nettokaltmiete) auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine den ehelichen Lebensverhältnissen angemessene kleinere Wohnung. 186

Der Senat schätzt vorliegend den angemessenen Wohnwert für eine den ehelichen Lebensverhältnissen entsprechende kleinere Wohnung für die drei Monate (März bis Mai 2008) auf 500,00 €. 187

Nach dem endgültigen Scheitern der Ehe richtet sich der Wohnvorteil nach Ziff. 5.3 HLL bei der Bedarfsbemessung nach dem objektiven (vollen) Mietwert. 188

Das Amtsgericht hat diesen – wie oben ausgeführt – mit 990,00 € angesetzt. Die Parteien haben im Senatstermin die Wohnfläche übereinstimmend mit 189 qm angegeben und eine Schätzung des objektiven Mietwerts beantragt. 189

Aufgrund der Nähe zur Autobahn A 1 und der Lage in der Einflugschneise des Flughafens N für Inlandsflüge ist nach Einschätzung des Senats von einer nicht unerheblichen Lärm- und Abgasbelastung auszugehen, so dass die Wohnlage eher als „einfach“ einzustufen sein dürfte. Unter Berücksichtigung des relativ jungen Baujahrs und der luxuriösen Ausstattung, aber auch der deutlich überdurchschnittlich großen Wohnfläche schätzt der Senat vorliegend den objektiven Mietwert auf 4,50 €/qm, so dass sich für das Haus bei 189 qm ein objektiver Mietwert von 850,00 € ergibt, der wegen der Doppelgarage auf 900,00 € zu erhöhen ist. Entgegen der Auffassung des Klägers ist ein pauschaler Zuschlag von 20 % wie im Steuerrecht nicht gerechtfertigt. 190

(2) 191

Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung sind nach Ziff. 1.6.1 HLL – vermindert um Aufwendungen zur Finanzierung und Erhaltung des Objekts – Einkommen. AfA-Beträge sind für Gebäude regelmäßig nicht abzusetzen. 192

Zu den Einnahmen zählen auch alle Nebenleistungen des Mieters für Strom, Wasser, Heizung, Müllabfuhr, Straßenreinigung u.ä. sowie sonstige Erstattungen von Werbungskosten durch den Mieter (Wendl/Staudigl-Gerhardt, Unterhaltsrecht, § 1 Rz. 453). Abziehbare Werbungskosten sind, soweit sie vom Vermieter bezahlt und nicht vom Mieter direkt an den Erzeuger geleistet werden, die allgemeinen Hausunkosten sowie notwendige Erhaltungsaufwendungen (Gerhardt, a.a.O., § 1 Rz. 455 f.).	193
Ausweislich der Steuererklärungen hat die Beklagte folgende Einkünfte aus der Immobilie erzielt, von denen auch die steuerlich geltend gemachten Werbungskosten abzuziehen sind, da Anhaltspunkte dafür, dass es sich nicht um notwendige Erhaltungsmaßnahmen handelt, weder vorgetragen noch ersichtlich sind:	194
2008: 7.900,98 € - 1.065,57 € = 6.835,41 €	195
2009: 7.813,00 € - 969,00 € = 6.844,00 €	196
2010: 7.792,81 € - 1.316,26 € = <u>6.476,55 €</u>	197
20.155,96 €.	198
Gebäudeabschreibungen hat die Beklagte, soweit aus den Steuererklärungen ersichtlich, nicht geltend gemacht, so dass insofern keine Korrektur erforderlich ist.	199
Es errechnen sich daher durchschnittliche Mieteinkünfte für 2008 bis 2010 in Höhe von 6.718,65 € pro Jahr (20.155,96 € : 3). Dieser Wert ist auch für 2011 und 2012 fortzuschreiben.	200
(3)	201
Zwischen den Parteien ist streitig, in welcher Höhe der Beklagten Zinseinkünfte zuzurechnen sind.	202
Soweit die Beklagte mit der Berufung geltend macht, die Zinseinkünfte aus ihrem ererbten Vermögen hätten die ehelichen Lebensverhältnisse nicht geprägt und seien deswegen nicht zu berücksichtigen, greift dieser Einwand nach Auffassung des Senats nicht durch. Die Erbschaft ist der Beklagten am 29.09.2005 angefallen, also noch während des ehelichen Zusammenlebens. Zu den berücksichtigungsfähigen Erträgen zählen auch Erträge aus einem vor der Trennung durch Erbfall erworbenen Vermögen eines der Ehegatten (vgl. Wendl/Dose-Dose, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., § 1 Rz. 603 mit Verweis auf BGH, FamRZ 1988, S. 1145 (1147) und OLG Hamm,	203
FamRZ 1998, S. 620). Insofern hätten die Parteien bei Fortführung der Ehe auch von den Erträgen der Beklagten gelebt, da das frühere Erwerbseinkommen des Klägers aus seiner selbständigen Tätigkeit mit der Übertragung der Praxis auf die U Treuhand weggefallen und eine weitere Reduzierung im Laufe der nächsten Jahre zu erwarten war, da zum einen die Raten für die Veräußerung des Mandantenstamms in 2014 wegfallen und zum anderen angesichts des Alters des Klägers nicht von einer durchgehenden Fortführung der Aushilfstätigkeit sowie der weiteren geringfügigen selbständigen Tätigkeit ausgegangen werden konnte.	204
Das Amtsgericht ist von den in 2006 bis 2008 tatsächlich erzielten Kapitalerträgen ausgegangen und hat einen Durchschnittswert von 1.013,82 € monatlich ermittelt, allerdings keine Werbungskosten berücksichtigt. Grundsätzlich sind jedoch Werbungskosten,	205

insbesondere Depotgebühren, Bankspesen sowie anteilige Steuern (Kapitalertragsteuer und persönliche Steuern) bei Einnahmen aus Kapitalvermögen abziehbar (vgl. Ziff. 1.6.2 HLL und Wendl/Dose-Dose, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., § 1 Rz. 605).

Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts ist jedoch nicht von den tatsächlich erzielten Kapitaleinkünften auf Seiten der Beklagten auszugehen. Denn unstreitig ist das Vermögen durch die Beklagte bzw. durch ihren Vater, wobei die Beklagte die Anlageform seit dem Erbfall fortgeführt hat, thesaurierend angelegt worden. Dies führt dazu, dass aus dem Vermögen zu Gunsten einer Vermögensbildung keine Zinsen gezogen werden. 206

Unterhaltsrechtlich besteht jedoch die Obliegenheit, das Vermögen ertragreich anzulegen (vgl. Wendl/Dose-Dose, a.a.O., § 1 Rz. 605). Es ist dem Unterhaltspflichtigen daher verwehrt, die Berücksichtigung von Vermögenserträgen durch bestimmte Anlageformen zu umgehen (Dose, a.a.O.). Aus diesem Grund sind vorliegend fiktive Erträge in der Höhe zu berücksichtigen, wie sie im Falle einer Vermögensanlage mit Ausschüttung zur Verfügung stünden (Dose, a.a.O., Wendl/Dose-Gerhardt, Unterhaltsrecht, § 4 Rz. 464, 594, 610 jeweils m.w.N.).

Der Senat geht davon aus, dass die Beklagte bei Wahl einer kurz- bis mittelfristigen Anlageform (die auch bereits jetzt Entnahmen erlaubt) mit Ausschüttung der Kapitalerträge im streitgegenständlichen Zeitraum unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen der weltweiten Finanzkrise jedenfalls durchgehend 2 % Zinsen p.a. hätte erzielen können, wobei etwaige Depotgebühren und Bankspesen hierbei bereits berücksichtigt worden sind. 207

Den Wert des ererbten Kapitalvermögens (ohne Grundvermögen) schätzt der Senat anhand der Angaben im Erbschaftsteuerbescheid und unter Berücksichtigung der Darlehensforderung gegen den Kläger nach Abzug der Nachlassverbindlichkeiten, Erbfallkosten sowie der Erbschaftsteuer auf rund 900.000,00 €. 208

Der Beklagten ist angesichts ihrer tatsächlichen Einkünfte, die nur aus der Miete und den Zinsen aus den nicht thesaurierend angelegten Wertpapieren und Bankguthaben bestehen und für ihren Lebensunterhalt sowie den Unterhalt der Immobilien T-Straße und N-Straße nicht ausreichend sein dürften, und unter Berücksichtigung einer statistischen Lebenserwartung von rund 28 Jahren bei Eintritt des Erbfalls im Jahr 2005 (vgl. Sterbetafel 2005/2007 Nordrhein-Westfalen) ein jährlicher Vermögensverbrauch von rund 30.000,00 € zuzubilligen. Die Beklagte trifft unterhaltsrechtlich keine Obliegenheit, ihr Vermögen nicht zu verbrauchen und für ihren Erben zu erhalten, damit die Zinserträge für den Kläger gleich hoch bleiben. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Vermögen der Beklagten nicht um gemeinsam erwirtschaftetes Vermögen handelt und die Erbschaft erst in den letzten zwei Jahren des ehelichen Zusammenlebens angefallen ist. 209

Für die fiktive Zinsberechnung geht der Senat im Jahr 2008 (bei einem fiktiven Verbrauch von 4 x 30.000,00 € von 2005 bis 2008) von einem Kapitalvermögen in Höhe von 780.000 € aus, so dass sich fiktive Zinsen in Höhe von 15.600,00 € ergeben (2 % von 780.000,00 €). Für 2009 sind es fiktive Zinsen von 750.000,00 € in Höhe von 15.000,00 €, für 2010 von 720.000,00 € in Höhe von 14.400,00 €, für 2011 von 690.000,00 € in Höhe von 13.800,00 € und für 2012 von 660.000,00 € in Höhe von 13.200,00 €. 210

(4) 211

Soweit die Beklagte die Q-Rente des Klägers wegen der im Wege der Erbfolge auf sie übergegangenen Darlehensforderung ihres Vaters pfändet, handelt es sich – soweit dadurch das Darlehen getilgt wird – um Zahlungen auf das Vermögen der Beklagten, die nicht als 212

Einkommen zu berücksichtigen sind.

Der Kläger stellt mit seiner Berufung darauf ab, dass die Beklagte im Rahmen der Pfändung gesetzliche Zinsen in erheblichem Umfang durchgesetzt habe, die als Einkommen zu berücksichtigen seien. 213

Diese Zinseinkünfte haben die ehelichen Lebensverhältnisse jedoch nicht geprägt, da die Beklagte bis zum Tod des Vaters im September 2005 gar nicht Forderungsinhaberin war. Die Darlehensrückzahlungsforderung ist erst am 19.12.2008, rechtskräftig seit dem 03.03.2009, tituliert worden. Die erste Zahlung des Klägers erfolgte am 31.03.2009. Für die Deckung des Lebensbedarfs der Parteien bis zu ihrer Trennung im August 2007 standen etwaige Zinseinkünfte nicht zur Verfügung. 214

Darüber hinaus hat der für den Bedarf darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht spezifiziert vorgetragen, in welcher Höhe in welchem Jahr er Zahlungen auf die Zinsen erbracht hat. Aus den zur Akte gereichten Unterlagen geht dies nicht hervor. 215

Vor diesem Hintergrund sind die Zinseinkünfte aus der Darlehensrückzahlung nicht als Einkommen zu berücksichtigen. 216

(5) 217

Mit der Berufung macht die Beklagte geltend, es seien auf ihrer Seite die Kosten für die Kranken- und Pflegeversicherung einkommensmindernd zu berücksichtigen. 218

Im Hinblick auf die fiktiven Zinseinkünfte der Beklagten sind auch fiktive Kranken- und Pflegeversicherungskosten für eine freiwillige gesetzliche Krankenversicherung ohne Krankengeldanspruch zu berücksichtigen. Die Beklagte ist bei der G krankenversichert. Die Beiträge bei der G betrugen in 2008 vor Einführung des Gesundheitsfonds 14,5 % + 0,9 %. Ab 01.01.2009 betrug der einheitliche Beitragssatz nach Einführung des Gesundheitsfonds 14,9 % + 0,9 %, ab 01.07.2009 14,3 % + 0,9 %, wobei der Senat für 2009 einen Durchschnittsbeitrag in Höhe von 15,5 % zugrunde legt. Ab 01.01.2011 betrug der Beitragssatz wieder 14,9 % + 0,9 %. Darüber hinaus wurde bei der G für die Zeit vom 01.02.2010 bis 31.03.2012 ein Zusatzbeitrag in Höhe von 8,00 € monatlich erhoben. 219

Der Pflegeversicherungsbeitrag betrug in 2008 bis zum 30.06. 1,7 % und beträgt seit dem 01.07.2008 1,95 %. Für das Jahr 2008 setzt der Senat den Durchschnittsbeitrag von 1,825 % an. 220

(6) 221

Die Beklagte rügt mit der Berufung weiter, dass das Amtsgericht keine Einkommen- und Kirchensteuer und keinen Solidaritätszuschlag berücksichtigt habe. 222

Im Hinblick auf die fiktiven Zinseinkünfte der Beklagten sind auch fiktive Steuern in Abzug zu bringen. Der Senat schätzt die persönliche Belastung der Beklagten mit Einkommensteuer, Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag auf pauschal 20 %, da der Progressionssatz von 25 % unter Berücksichtigung des Sparerpauschbetrages, der ausweislich der Steuerbescheide tatsächlich geltend gemachten Sonderausgaben und der außergewöhnlichen Belastungen nicht erreicht wird. 223

(7) 224

225

Die Beklagte macht mit der Berufung ferner geltend, sie müsse aus ihren Einkünften bzw. ihrem Vermögen Altersvorsorge betreiben.

Grundsätzlich können nach Ziff. 10.1 HLL im Rahmen der Altersvorsorge Personen, die der gesetzlichen Versicherungspflicht nicht unterliegen, für ihre primäre Altersversorgung entsprechend dem Aufwand eines nicht Selbständigen in der Regel etwa 20 % des Bruttoeinkommens einsetzen, es sei denn, die Altersvorsorge ist bereits auf andere Weise gesichert. Beim Ehegattenunterhalt ist für die sekundäre Altersvorsorge in der Regel ein Betrag von bis zu 4 % des Gesamtbruttoeinkommens des Vorjahres angemessen. 226

Tatsächlich werden von der Beklagten jedoch keine Leistungen für eine Altersversorgung erbracht. Eine fiktive Berücksichtigung von zusätzlichen Altersvorsorgebeiträgen kommt nach Auffassung des Senats jedoch nicht in Betracht (vgl. auch für die Zusatzversorgung Ziff. 10.1 HLL und Gerhardt, a.a.O., § 1 Rz. 1034 mit Verweis auf BGH, FamRZ 2007, S. 793; FamRZ 2007, S. 193; FamRZ 2003, S. 860). Im Übrigen dürfte entsprechend den obigen Ausführungen durch das ererbte Vermögen auch eine ausreichende Absicherung für das Alter bei der Beklagten gegeben sein. 227

(8) 228

Das bereinigte Einkommen der Beklagten errechnet sich wie folgt: 229

(a)2008 230

(aa) März bis Mai 2008 231

15.600,00 € fiktive Zinseinkünfte 232

+ 6.718,65 € durchschnittliche Mieteinkünfte 233

22.318,65 € 234

- 3.437,07 € fiktiv 15,4 % KV 235

- 407,32 € fiktiv durchschnittlich 1,825 % PV 236

18.474,26 € 237

- 3.694,85 € fiktiv 20 % ESt, KiSt, Soli 238

14.779,41 € : 12 = 1.231,62 € 239

1.231,62 € 240

+ 500,00 € angemessener Mietwert 241

1.731,62 € bereinigtes Einkommen Beklagte 242

(bb) Juni bis Dezember 2008 243

15.600,00 € fiktive Zinseinkünfte 244

+ 6.718,65 € durchschnittliche Mieteinkünfte 245

246

22.318,65 €	
- 3.437,07 € fiktiv 15,4 % KV	247
- <u>407,32 €</u> fiktiv durchschnittlich 1,825 % PV	248
18.474,26 €	249
- <u>3.694,85 €</u> fiktiv 20 % ESt, KiSt, Soli	250
14.779,41 € : 12 = 1.231,62 €	251
1.231,62 €	252
+ <u>900,00 €</u> objektiver Mietwert	253
2.131,62 € bereinigtes Einkommen Beklagte	254
(b) 2009	255
15.000,00 € fiktive Zinseinkünfte	256
+ <u>6.718,65 €</u> durchschnittliche Mieteinkünfte	257
21.718,65 €	258
- 3.366,39 € fiktiv durchschnittlich 15,5 % KV	259
- <u>423,51 €</u> fiktiv 1,95 % PV	260
17.928,75 €	261
- <u>3.585,75 €</u> fiktiv 20 % ESt, KiSt, Soli	262
14.343,00 € : 12 = 1.195,25 €	263
1.195,25 €	264
+ <u>900,00 €</u> objektiver Mietwert	265
2.095,25 € bereinigtes Einkommen Beklagte	266
(c) 2010	267
14.400,00 € fiktive Zinseinkünfte	268
+ <u>6.718,65 €</u> durchschnittliche Mieteinkünfte	269
21.118,65 €	270
- 3.210,04 € fiktiv 15,2 % KV	271
- 88,00 € Zusatzbeitrag G 11 x 8,00 €	272
- <u>411,81 €</u> fiktiv 1,95 % PV	273
	274

17.408,80 €	
- <u>3.481,76 €</u> fiktiv 20 % ESt, KiSt, Soli	275
13.927,04 € : 12 = 1.160,59 €	276
1.160,59 €	277
+ <u>900,00 €</u> objektiver Mietwert	278
2.060,59 € bereinigtes Einkommen Beklagte	279
(d) 2011	280
13.800,00 € fiktive Zinseinkünfte	281
+ <u>6.718,65 €</u> fortgeschriebene durchschnittliche Mieteinkünfte	282
20.518,65 €	283
- 3.241,95 € fiktiv 15,8 % KV	284
- 96,00 € Zusatzbeitrag G 12 x 8,00 €	285
- <u>400,11 €</u> fiktiv 1,95 % PV	286
16.780,59 €	287
- <u>3.356,12 €</u> fiktiv 20 % ESt, KiSt, Soli	288
13.424,47 € : 12 = 1.118,71 €	289
1.118,71 €	290
+ <u>900,00 €</u> objektiver Mietwert	291
2.018,71 € bereinigtes Einkommen Beklagte	292
(e) 2012	293
13.200,00 € fiktive Zinseinkünfte	294
+ <u>6.718,65 €</u> fortgeschriebene durchschnittliche Mieteinkünfte	295
19.918,65 €	296
- 3.147,15 € fiktiv 15,8 % KV	297
- 24,00 € Zusatzbeitrag G 3 x 8,00 €	298
- <u>388,41 €</u> fiktiv 1,95 % PV	299
16.359,09 €	300
- <u>3.271,82 €</u> fiktiv 20 % ESt, KiSt, Soli	301
	302

13.087,27 € : 12 = 1.090,61 €	
1.090,61 €	303
+ <u>900,00 €</u> objektiver Mietwert	304
1.990,61 € bereinigtes Einkommen Beklagte	305
cc)	306
Es ergibt sich folgende Unterhaltsberechnung:	307
(1)2008	308
(a) März bis Mai 2008	309
1.731,62 € bereinigtes Einkommen Beklagte	310
- <u>1.491,02 €</u> bereinigtes Einkommen Kläger	311
240,60 € : 2 = 120,30 €, gerundet 121,00 €.	312
(b) Juni bis Dezember 2008	313
2.131,62 € bereinigtes Einkommen Beklagte	314
- <u>1.491,02 €</u> bereinigtes Einkommen Kläger	315
640,60 € : 2 = 320,30 €, gerundet 321,00 €.	316
(2) 2009	317
2.095,25 € bereinigtes Einkommen Beklagte	318
- <u>1.322,68 €</u> bereinigtes Einkommen Kläger	319
772,57 € : 2 = 386,29 €, gerundet 387,00 €.	320
(3) 2010	321
2.060,59 € bereinigtes Einkommen Beklagte	322
- <u>575,34 €</u> bereinigtes Einkommen Kläger	323
1.485,25 € : 2 = 742,63 €, gerundet 743,00 €.	324
(4) 2011	325
2.018,71 € bereinigtes Einkommen Beklagte	326
- <u>586,19 €</u> bereinigtes Einkommen Kläger	327
1.432,52 € : 2 = 716,26 €, gerundet 717,00 €.	328
(5) 2012	329
	330

1.990,61 € bereinigtes Einkommen Beklagte	
- <u>553,96 €</u> bereinigtes Einkommen Kläger	331
1.436,65 € : 2 = 718,33 €, gerundet 719,00 €.	332
b)	333
Im Umfang der oben errechneten Unterhaltsbeträge ist der Kläger auch bedürftig. Entsprechend den obigen Ausführungen trifft den Kläger im Rahmen des Trennungsunterhalts keine Obliegenheit zur Verwertung seines Vermögensstamms, so dass der Tilgungsanteil aus der Mandantenstammveräußerungsrate nicht bedürftigkeitsmindernd anzurechnen ist.	334
Soweit die Beklagte meint, der Kläger müsse sich ersparte Aufwendungen wegen des – zwischen den Parteien streitigen - Zusammenlebens mit einer neuen Lebensgefährtin anrechnen lassen, greift dieser Einwand nicht durch. Der Vortrag der Beklagten für das Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zwischen dem Kläger und Frau E ist schon nicht hinreichend spezifiziert wie die Ausführungen unten zu Ziff. 4. zeigen. Darüber hinaus fehlt jeglicher Vortrag dazu, ob Frau E überhaupt leistungsfähig ist. Der Senat wendet Ziff. 6.2 HLL auf Seiten des Unterhaltsberechtigten nicht an, weil sich der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen richtet und diese ebenfalls durch das Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft gekennzeichnet waren, so dass keine Haushaltersparnis gegeben ist.	335
c)	336
Die Leistungsfähigkeit der Beklagten ist nicht tangiert, da ihr nach Abzug des oben errechneten Unterhaltsbedarfs des Klägers jeweils der eheangemessene Selbstbehalt für einen nichterwerbstätigen Unterhaltspflichtigen verbleibt (2008 und 2009: 1.000,00 € vgl. Ziff. 21.4.2 HLL 2008 und 2009, 2010: 935,00 € vgl. Ziff. 21.4.2 HLL 2010, 2011 und 2012: 960,00 € vgl. Ziff. 21.4 HLL 2011 und 2012).	337
4.	338
Auf Verwirkung gem. § 1579 Nr. 2 BGB hat sich die Beklagte nicht berufen. Nach Auffassung des Senats ist der Vortrag der Beklagten für das Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zwischen dem Kläger und Frau E auch nicht hinreichend substantiiert. Im Hinblick darauf, dass der Kläger geltend macht, Frau E unterstütze ihn lediglich, weil er aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen seinen Haushalt nicht mehr alleine versorgen könne, hätte die Beklagte mehr vortragen müssen, damit eine normale Freundschaft bzw. Hilfeleistungen im Verwandtenkreis ausgeschlossen werden können.	339
5.	340
Der Unterhaltsanspruch des Klägers ist nicht durch Aufrechnung erloschen, da die Aufrechnungserklärung der Beklagten unwirksam ist.	341
Gem. § 394 S. 1 BGB findet die Aufrechnung gegen eine Forderung, die der Pfändung nicht unterworfen ist, nicht statt. Gesetzliche Unterhaltsforderungen fallen unter § 850b Abs. 1 Nr. 2 ZPO und sind nur bedingt pfändbar, nämlich nur dann, wenn das Vollstreckungsgericht die besonderen Voraussetzungen des § 850b Abs. 2 ZPO als gegeben ansieht. Solange diese Entscheidung nicht ergangen ist, muss von der Unpfändbarkeit ausgegangen werden. Damit	342

fallen auch solche nur bedingt pfändbaren Bezüge jedenfalls bis dahin unter das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB (BGH, FamRZ 1993, S. 1186; Staudinger-Gursky, BGB, 2011, § 394 Rz. 30 m.w.N.; Erman-Wagner, BGB, 13. Aufl., § 394 Rz. 4; Münchener Kommentar-Schlüter, 5. Aufl., § 394 Rz. 4; Wendl/Dose-Dose, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., § 8 Rz. 302). Die Entscheidung über die Pfändbarkeit kann nicht schon im Unterhaltsverfahren vom Familiengericht, sondern nach überwiegender Ansicht, der sich der Senat anschließt, allein vom Vollstreckungsgericht getroffen werden (Gursky, a.a.O., m.w.N.; Erman-Wagner, a.a.O.; Münchener Kommentar-Schlüter, 5. Aufl., § 394 Rz. 4; a.A. Dose, a.a.O., Rz. 304 f.). Die Aufrechnung selbst kann weder durch das Prozessgericht noch durch das Vollstreckungsgericht zugelassen werden. Der aufrechnungswillige Schuldner eines solchen bedingt pfändbaren Anspruchs müsste deshalb erst die Pfändung der potentiellen Passivforderung beantragen und damit die Entscheidung nach § 850b Abs. 2 ZPO herbeiführen, um anschließend dagegen aufrechnen zu können (Gursky, a.a.O.; Dose, a.a.O.). Eine Aufrechnung, die nach § 394 S. 1 i.V.m. § 850b Abs. 1 ZPO unwirksam ist, wird durch eine nachträgliche Entscheidung nach § 850b Abs. 2 ZPO nicht geheilt (Gursky, a.a.O.).

Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte mit ihrem Titel auf Darlehensrückzahlung (die anderen von ihr geltend gemachten Forderungen sind nicht tituliert und kämen insofern für den Antrag nach § 850b Abs. 2 ZPO nicht in Betracht) den Unterhaltsanspruch des Klägers gegen sich selbst als „Drittschuldner“ hat pfänden und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. 343

Mit der überwiegenden Ansicht geht der Senat davon aus, dass eine Aufrechnung daher grundsätzlich wegen § 394 S. 1 BGB i.V.m. § 850b ZPO nicht möglich ist. Die Aufrechnungserklärung der Beklagten ist unwirksam (vgl. auch Gursky, a.a.O., Rz. 53). 344

Dem Aufrechnungsverbot steht auch nicht der sog. Arglisteinwand entgegen (vgl. BGH, NJW 1959, S. 1275; FamRZ 1993, S. 1186; Dose, a.a.O., Rz. 307 f.; Gursky, a.a.O., Rz. 59 ff.; Münchener Kommentar-Schlüter, 5. Aufl., § 394 Rz. 13 f.). Dieser Arglisteinwand greift nur dann ein, wenn dem Unterhaltspflichtigen eine Gegenforderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung des Unterhaltsberechtigten nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB zusteht, die dieser im Rahmen des Unterhaltsverhältnisses begangen hat. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1959, S. 1275; FamRZ 1993, S. 1186) ist eine Aufrechnung des Unterhaltsschuldners unter dem Gesichtspunkt der Arglist nicht schon dann zulässig, wenn die unerlaubte vorsätzliche Handlung außerhalb des Unterhaltsrechts erfolgte oder sich die Gegenforderung aus einer vorsätzlichen Vertragsverletzung ergibt. Vielmehr kommt eine Aufrechnung in erster Linie bei betrügerischem Verhalten im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen oder der Aufrechterhaltung von früheren Titeln in Betracht (vgl. Dose, a.a.O.; Gursky, a.a.O., Rz. 62). 345

Vorliegend stammen sämtliche von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen (auf Darlehensrückzahlung, auf Auskehr des Restbetrages von 25.000,00 € nach Begleichung der Krankheits- und Beerdigungskosten ihres Vaters durch den Kläger, auf Ersatz der laufenden Kosten des Hauses von August bis Dezember 2007, auf Rückzahlung des Geschäftskontoausgleichs, auf Ersatz der Anwaltskosten) nicht aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung, die der Kläger im Rahmen des Unterhaltsverhältnisses begangen hat. 346

Da der Arglisteinwand nicht greift, kommt es auf den Aspekt, dass dem Kläger trotz Arglisteinwand und möglicher Aufrechnung das ihm zustehende Existenzminimum belassen bleiben muss (BGH, FamRZ 1993, S. 1186; Dose, a.a.O., Rz. 308), nicht an. 347

6.	348
Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB ab Rechtshängigkeit, die am 15.06.2009 eingetreten ist.	349
III.	350
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 8 und Nr. 10, 711, 713 ZPO.	351
