
Datum: 10.10.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 UF 29/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:1010.4UF29.06.00

Vorinstanz: Amtsgericht Brühl, 31 F 252/01

Tenor:

I.

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 17.01.2006 verkündete Urteil des Amtsgerichts – Familiengericht – Brühl unter Zurückweisung des Rechtsmittels und Klageabweisung im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird in Abänderung des Urteils des 14. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln vom 22.05.1990 – 14 UF 243/89 - verurteilt, an die Klägerin monatlichen nachehelichen Unterhalt nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 4. Werktag eines jeden Monats auf den jeweils rückständigen Unterhaltsbetrag wie folgt zu zahlen:

1. von Januar 2003 bis Dezember 2003: 622,00 €

2. von Januar 2004 bis Dezember 2004: 653,00 €

3. ab Januar 2005 : 654,00 €.

II.

Die Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

III.

Die Kosten des Verfahrens in erster Instanz tragen die Klägerin zu 1/3 und der Beklagte zu 2/3.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 1/4 und der Beklagte zu 3/4.

IV.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

	1
Die zulässige – insbesondere frist- und formgerecht eingelegte - Berufung der Klägerin hat, nachdem sie in der mündlichen Verhandlung ihre Berufung teilweise zurückgenommen hat, zum überwiegenden Teil Erfolg. Dagegen ist die zulässige Berufung des Beklagten unbegründet.	2
Die Klägerin kann von dem Beklagten gemäß § 323 Abs. 1 ZPO ab Januar 2003 die Abänderung des im Urteilstenor näher bezeichneten Unterhaltstitels dahin verlangen, dass der Beklagte ihr gemäß § 1573 Abs. 3 BGB nachgehenden Aufstockungsunterhalt in der tenorierten Höhe zu zahlen hat.	3
Die seitens des Beklagten mit seiner Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil geltend gemachten Angriffe greifen im Ergebnis nicht durch.	4
A. Der Beklagte ist in dem genannten Umfang leistungsfähig.	5
I.	6
Soweit der Beklagte rügt, seine Einkünfte aus selbständiger Arbeit stammten aus überobligatorischer Tätigkeit und dürften daher nicht in die Unterhaltsberechnung mit einbezogen werden, trifft dies nicht zu. Zwar befindet sich der Beklagte im Rentenalter, so dass er grundsätzlich keiner zusätzlichen Erwerbstätigkeit mehr nachzugehen braucht. Ihm ist grundsätzlich eine Nebentätigkeit unzumutbar. Etwas anderes gilt aber dann, wenn ein Selbständiger – wie hier der Beklagte – während seines Erwerbslebens keine ausreichende Alterssicherung getroffen hat und daher gezwungen ist, seinen Lebensbedarf über das Rentenalter hinaus aus seiner selbständigen Tätigkeit zu decken (vgl. hierzu Kalthoener/Büttner/Niepmann, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 9. Auflage, Rn. 749). Denn in diesem Fall hat der Unterhaltspflichtige bewusst in Kauf genommen, über das allgemeine Rentenalter hinaus tätig zu sein. Seine Lebensplanung ist darauf angelegt, aus seiner selbständigen Tätigkeit auch im Rentenalter die den Lebensbedarf deckenden Einkünfte – für sich und seine Familie - zu erzielen. Gerade deswegen kann er sich auch nicht darauf berufen, die aus einer solchen Tätigkeit erzielten Einkünfte seien aus einer nicht zumutbaren Tätigkeit erzielt. So trägt der Beklagte selbst vor, er müsse seine Tätigkeit fortsetzen, um seinen Lebensbedarf decken zu können, da er dies mit seiner geringen Rente von 412,32 € monatlich (bezogen ab Januar 2004) nicht könne. Er müsse den Betrieb	7

(Autohandel) so lange aufrecht erhalten, bis er einen geeigneten Käufer gefunden habe, um aus dem Erlös dann seine Alterssicherung betreiben zu können.

II.

8

Dem Beklagten ist kein Wohnvorteil anzurechnen. Zutreffend beruft sich der Beklagte bezüglich eines ihm zuzurechnenden Wohnvorteils darauf, dass die Klägerin insoweit mit ihrem Vorbringen gemäß § 323 Abs. 2 ZPO präkludiert ist, da er, der Beklagte, schon im Zeitpunkt des Urteils im Vorprozess in der Wohnung auf dem Betriebsgelände gewohnt hat. Schulden (= Hauslasten) wurden damals über den Betrieb abgewickelt. Diesen Sachverhalt hat der Beklagte in der mündlichen Verhandlung bei seiner Anhörung durch den Senat bestätigt. Die Klägerin ist dem erheblich nicht entgegengetreten. Soweit sich die Klägerin auf einen Mietvertrag aus dem Jahre 1985 beruft, aus dem hervorgehen soll, dass der Beklagte woanders gewohnt habe, ist dies nicht geeignet, den Beklagtenvortrag zu widerlegen. Entscheidender Zeitpunkt für die Frage der Präklusion ist der 26. April 1990 (letzte mündliche Verhandlung im Verfahren 14 UF 243/89, Blatt 208 ff BA). Die Klägerin hat weder konkret dargelegt, noch geeignet unter Beweis gestellt, dass zu diesem Zeitpunkt der Beklagte nicht bereits in C in der X-Str. 9 auf dem Betriebsgelände gewohnt hat. Dafür, dass die Angaben stimmen, spricht auch, dass im Rubrum des Urteils des Oberlandesgerichts Köln vom 22.05.1990 – 14 UF 243/89 -, dessen Abänderung vorliegend von beiden Seiten begehrt wird, die Anschrift in der X-Str. 9 angeführt wird. Zutreffend geht der Beklagte daher davon aus, dass das in diesem Urteil ihm zugerechnete Erwerbseinkommen von netto 2.600,00 DM das eheprägende Einkommen einschließlich des mietfreien Wohnens gewesen ist.

9

III.

10

Dies hat weiter zur Folge, dass der damals vertretenen Auffassung des Oberlandesgerichts zu folgen ist, dass sich die Klägerin nicht darauf berufen kann, der Beklagte verdiene aufgrund seiner selbständigen Tätigkeit in dem seinerzeit neu gegründeten Unternehmen ein weit höheres Einkommen als dies (damals) zugestanden worden sei. Das OLG hatte insoweit angenommen, dass dies eine neue, nicht eheprägende Tätigkeit sei. Auch hier greift § 323 Abs. 2 ZPO ein. Damit ist das eheprägende Einkommen des Beklagten nach oben auf netto 2.600,00 DM festgeschrieben. Nur soweit sich sein heutiges Einkommen gegenüber dem vom Oberlandesgericht zugrunde gelegten Einkommen verschlechtert hat, was im Ergebnis jedoch nicht der Fall ist, wäre dies bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen.

11

IV.

12

Der Beklagte kann die bestehenden Betriebslasten, die die Gewinne seines Betriebs erheblich schmälern, der Klägerin nicht einkommensmindernd entgegen halten. Diese betrieblichen Schulden waren ebenfalls schon Gegenstand des Vorverfahrens. Das Oberlandesgericht hatte eine Berücksichtigung der Schulden aus dem damaligen vom Beklagten betriebenen Autohandel nicht berücksichtigt, da der Beklagte sie nach Auffassung des Gerichts nicht ausreichend belegt hatte. Es braucht daher nicht entschieden zu werden, ob die nunmehr erneut geltend gemachten Belastungen ausreichend belegt sind. Denn auch mit diesem Vorbringen ist der Beklagte nach § 323 Abs. 2 ZPO präkludiert. In vorliegendem Verfahren ist seitens des Beklagten nicht dargelegt, dass die damals behaupteten hohen Schulden abgebaut worden sind und es sich jetzt um neue Schulden aus dem neuen Gewerbebetrieb handelt. Vielmehr hat die Anhörung vor dem Senat ergeben, dass diese angeblichen Belastungen über die Jahre fort geschrieben wurden und dass zu deren

13

teilweiser Tilgung bzw. Umschichtung zum Teil bestehende Lebensversicherungen verwandt worden sind. Ausdrücklich erklärt hat der Beklagte bei seiner Anhörung, dass seit 1990 neue Darlehen nicht mehr aufgenommen worden seien. Die laufenden Verbindlichkeiten würden über den bestehenden Kontokorrentkredit abgewickelt.

V. 14

Dem Beklagten sind nach Auffassung des Senates keine Vermögenserträge in Höhe von 800,00 € monatlich zuzurechnen. Nach Anhörung der Parteien durch den Senat in der mündlichen Verhandlung ist nicht ersichtlich, woher diese Erträge stammen sollen. Soweit die Klägerin auf die von ihr genannten Lebensversicherungen verweist, hat der Beklagte plausibel dargelegt, dass diese teilweise ruhend gestellt und teilweise zur Umschichtung der Betriebsschulden verwandt worden sind. Auch wenn das Schicksal der Lebensversicherungen im Einzelnen nicht vollständig aufklärbar war, ergeben doch die vom Beklagten zu den Akten gereichten Steuerbescheide keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte über Vermögenserträge in nennenswertem Umfang verfügt. Dabei geht der Senat von der Steuerehrlichkeit des Beklagten aus. 15

VI. 16

Auszugehen ist damit von einem im Jahre 1990 unterhaltsrechtlich berücksichtigungsfähigen Monatsnettoeinkommen des Beklagten von 2.600,00 DM (= 1.329,36 €). Allerdings muss aufgrund des Kaufkraftverlustes der Währung und auch der Steigerung der Einkünfte eine Anpassung der damaligen Einkünfte vorgenommen werden. Daher ist nach Auffassung des Senats das Einkommen des Jahres 1990 angemessen auf die heutigen Verhältnisse zu indexieren. Eine mittlere Indexierung nach dem allgemeinen Verbraucherpreis-Monatsindex (vgl. FamRZ 2003, 1063 und 2004, 1945) ergibt insoweit folgendes Monatsnettoeinkommen des Beklagten, welches ihm nach den im Unterhaltsrecht herrschenden Angemessenheitsgrundsätzen maximal zuzurechnen ist: 17

Anfangswert: 1.329,36 € 18

Indexzeitpunkte: 22.05.1990 und Juni 2004 (mittleres Datum): 19

$1.329,36 \text{ €} \cdot 106,2 / 80,408 = \text{rund } 1.755,00 \text{ €}.$ 20

VII. 21

Die Einkommenssituation des Beklagten stellt sich im einzelnen wie folgt dar: 22

1. **2003** 23

Überschuss gemäß Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2003 (Blatt 428 GA)	6.582,00 €	24
zuzüglich Schuldendienst (Präklusion)	22.792,27 €	
anrechenbares Einkommen	29.374,27 €	
Monatseinkommen 29.374,27 € / 12	2.447,86 €	

abzüglich Krankenversicherung	-285,00 €
Zu versteuerndes Einkommen	2.162,86 €
abzüglich Einkommenssteuer	-444,60 €
zuzüglich Renteneinkommen	1.718,86 €

2. 2004

25

Überschuss gemäß Einkommenssteuerbescheid für das Jahr 2004 (Blatt 426 GA)	9.229,00 €	26
zuzüglich Schuldendienst	23.199,44 €	
anrechenbares Einkommen	32.428,44 €	
Monatseinkommen 32.428,93 € / 12	2.702,37 €	
abzüglich Krankenversicherung	-285,00 €	
zu versteuerndes Einkommen	2.417,37 €	
abzüglich Steuern	-494,80 €	
zuzüglich ab Januar 2004 bezogener Rente	412,37 €	
Monatsnettoeinkommen	2.334,94 €	

3. ab 2005

27

Überschuss gemäß Jahresabschluss für 2005 (Blatt 375 GA)	9.561,38 €	28
zuzüglich Schuldendienst	23.289,67 €	
anrechenbares Einkommen	32.851,05 €	
Monatseinkommen 32.951,05 € / 12	2.737,59 €	
abzüglich Krankenversicherung	-285,00 €	
zu versteuerndes Einkommen	2.452,59 €	
abzüglich Steuern	-497,52 €	
zuzüglich ab Januar 2004 bezogener Rente	412,37 €	
Monatsnettoeinkommen	2.367,44 €	

B. Einkommensverhältnisse der Klägerin

29

I.

30

Die Klägerin hat entgegen der Auffassung des Beklagten ihre Einkommensverhältnisse ausreichend offen gelegt. Diese befindet sich im Rentenalter (jetzt 69 Jahre alt). Es bestehen für den Senat keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin in diesem Alter noch in

31

nennenswertem Umfang einer Erwerbstätigkeit nachgeht.

II. 32

Die Klägerin braucht auch nicht mehr zu arbeiten. Anders als der Beklagte war die Klägerin nie selbständig tätig. Während der Ehe hat sie im Familienbetrieb mitgearbeitet. Diese Tätigkeit musste sie nach der Trennung aufgeben. Gemäß dem Urteil des Oberlandesgerichts Köln, dessen Abänderung von beiden Seiten begehrt wird, war der Klägerin gemäß ihrer Berufsausbildung und –erfahrung ein Erwerbseinkommen aus abhängiger Beschäftigung zur teilweisen Bedarfsdeckung in Höhe von netto 1.200,00 DM (fiktiv) zugerechnet worden. Ein höherer erzielbarer Verdienst wurde vom OLG verneint. Die Klägerin ist damit wie eine "normale" Arbeitnehmerin zu behandeln, die sich nach Erreichen des Rentenalters zur Ruhe setzen kann. Dass die Klägerin nicht genügend eigene Rentenansprüche zur Bedarfsdeckung erworben hat, liegt in erster Linie darin begründet, dass sie vorrangig familien- und berufsbedingt nur in geringem Umfang eine Altersversorgung aufbauen konnte. Ihre relativ niedrigen Verdienstmöglichkeiten werden anschaulich dadurch verdeutlicht, dass das Oberlandesgericht in seinem Unterhaltsurteil das erzielbare Nettoeinkommen der Klägerin mit max. 1.200,00 DM angesetzt hatte, das des Beklagten aber mit 2.600,00 DM. Eine Ungleichbehandlung kann insoweit nicht gesehen werden. Vorliegend ergibt sich vielmehr der durch die Rollenverteilung in der Ehe bedingte typische Fall des geschuldeten Aufstockungsunterhalts. 33

III. 34

Allerdings meint der Senat, dass sich die Klägerin weiterhin Einkünfte aus ihrer Haushaltstätigkeit für Herrn Q sowie das bezogene Wohngeld neben der von ihr bezogenen Rente anrechnen lassen muss. Zwar sind die Einkünfte –wie oben ausgeführt – grundsätzlich überobligatorisch. Allerdings hat sich die Klägerin diese Einkünfte bisher stets zurechnen lassen, so dass der Senat meint, dass schon aus Gründen des Vertrauensschutzes die Zurechnung auch in Zukunft zu erfolgen hat. Soweit sich die Klägerin darauf beruft, diese Einkünfte seien seit August 2006 wegen eines Krankenhausaufenthaltes des Herrn Q entfallen und würden auch in der Zukunft nicht mehr anfallen, wird die weitere Entwicklung abzuwarten sein. Im Übrigen wird der neue Sachvortrag der Klägerin im nachgelassenen Schriftsatz vom 19.09.2006 weder konkret untermauert noch geeignet unter Beweis gestellt. 35

Als Zusatzeinkünfte der Klägerin neben der von ihr bezogenen 36

Rente ergeben sich damit: 37

a. aus Haushaltsnebentätigkeit $6 / 7 * 125,00 \text{ €}$ (gerundet) = 108,00 € 38

b. Wohngeld 45,00 € 39

c. insgesamt also 153,00 €. 40

IV. 41

Entgegen der Ansicht des Beklagten sind die Renten der Klägerin der Höhe nach auch durch die entsprechenden Rentenbescheide (Blatt 350, 351, 352, 419 GA) belegt. Diese belaufen sich jahresdurchschnittlich auf: 42

1. 2003 43

$6 * 333,09 \text{ €} + 1 * 336,57 \text{ €} + 2 * 310,32 \text{ €} + 3 * 300,32 \text{ €}$	3.856,71 €	44
$3.856,71 \text{ €} / 12 \text{ (rund)}$	322,00 €	

2. 2004 45

$3 * 300,32 \text{ €} + 9 * 295,95 \text{ €}$	3.564,51 €	46
$3.564,51 \text{ €} / 12 \text{ (rund)}$	297,00 €	

3. Ab 2005 47

$6 * 295,95 \text{ €} + 6 * 294,43 \text{ €}$	3.542,28 €	48
$3.542,28 \text{ €} / 12 \text{ (rund)}$	295,00 €	

V. 49

Als anrechenbares Einkommen der Klägerin ergibt sich danach: 50

1. 2003 51

Renteneinkommen, gerundet	322,00 €	52
zuzüglich sonstige Einkünfte	153,00 €	
Anrechenbares Monatseinkommen der Klägerin	475,00 €	

2. 2004 53

Renteneinkommen, gerundet	297,00 €	54
zuzüglich sonstige Einkünfte	153,00 €	
Anrechenbares Monatseinkommen der Klägerin	450,00 €	

3. Ab 2005 55

Renteneinkommen, gerundet	295,00 €	56
zuzüglich sonstige Einkünfte	153,00 €	
Anrechenbares Monatseinkommen der Klägerin	448,00 €	

VI.

Auch der Klägerin ist ein Wohnvorteil nicht zuzurechnen. Sie wohnt weiterhin im ehemals elterlichen Haus, welches die Parteien schon vor der Trennung bewohnt haben. Diese Haus hat sie von den Eltern geerbt. Wegen getätigter Investitionen ihres früheren Lebensgefährten, die die Klägerin zurückzahlen musste und weswegen sie einen Kredit aufnehmen musste, hat die Klägerin so hohe Belastungen, dass ein eventueller Wohnvorteil, der nicht bereits eheprägend gewesen war und daher nicht wegen § 323 Abs. 2 ZPO unberücksichtigt zu bleiben hätte, hierdurch kompensiert würde. Bei der gegebenen Sachlage erscheint es daher interessengerecht, wenn keiner der Parteien ein Wohnvorteil einkommenserhöhend zugerechnet wird. 58

C. Damit ergibt sich folgende Unterhaltsberechnung: 59

I. 2003 60

Anrechenbares Einkommen des Beklagten (gerundet)	1.718,86 €	61
Anrechenbares Einkommen der Klägerin	-475,00 €	
Differenzeinkommen der Parteien	1.243,86 €	
Unterhaltsanspruch der Klägerin $1 / 2 * 1.280,00 €$ (gerundet)	622,00 €	

II. 2004 62

Anrechenbares Einkommen des Beklagten (gerundet)	1.755,00 €	63
Anrechenbares Einkommen der Klägerin	-450,00 €	
Differenzeinkommen der Parteien	1.305,00 €	
Unterhaltsanspruch der Klägerin $1 / 2 * 1.305,00 €$ (gerundet)	653,00 €	

III. ab 2005 64

Anrechenbares Einkommen des Beklagten (gerundet)	1.755,00 €	65
Anrechenbares Einkommen der Klägerin	-448,00 €	
Differenzeinkommen der Parteien	1.307,00 €	
Unterhaltsanspruch der Klägerin $1 / 2 * 1.307,00 €$ (gerundet)	654,00 €	

D. 66

Der Unterhaltsanspruch ist nicht verwirkt. Es kann nicht fest gestellt werden, dass die Klägerin mit dem Zeugen Q eine sozio-ökonomische Unterhaltsgemeinschaft oder eine eheähnliche Lebensgemeinschaft führt. Dies ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag des insoweit darlegungsbelasteten Beklagten. Ihm ist nämlich nicht zu entnehmen, dass die Klägerin und der Zeuge Q zusammenleben. Allein der Umstand, dass der Zeuge Q angeblich 67

seine Postanschrift unter der Adresse der Klägerin hat, kann mannigfache Gründe haben. Weitere Indiztatbestände, die ein Zusammenleben, und sei es auch nur ein Wohnen unter einem Dach ähnlich eines Vermieters und eines Mieters, nahe legen würden, werden nicht ein Mal ansatzweise vorgetragen. Dass die Klägerin den Haushalt des Zeugen jedenfalls bisher versorgt hat, ist zugestanden und bei der Unterhaltsberechnung in angemessenem Umfang berücksichtigt. Für eine Wiedereröffnung der Hauptverhandlung, wie vom Beklagten in seinem nachgelassenen Schriftsatz vom 15.09.2006 beantragt, ist nach alledem kein Raum, zumal sich bei der gegebenen Sachlage auch eine Beweiserhebung durch Vernehmung des Zeugen Q verbietet, ohne dass darüber zu entscheiden ist, ob das Vorbringen des Beklagten gemäß § 621 d ZPO verspätet ist, da es sich um einen unzulässigen sog. "Ausforschungsbeweis" handelt.

Auch eine Verwirkung wegen angeblichen "Telefonterrors" der Klägerin, wie im ersten Rechtszug seitens des Beklagten eingewendet worden ist, ist nicht eingetreten. Dass der Beklagte zahlreiche Telefonanrufe erhalten hat, deren Anrufer sich nicht gemeldet, sondern bald wieder eingehängt hat, lässt noch nicht den zuverlässigen Schluss darauf zu, dass es sich bei dem oder den Anrufern um die Klägerin gehandelt hat. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, müsste erst noch geprüft werden, ob es sich um eine derart schwere Verfehlung handelt, die eine teilweise oder vollständige Verwirkung des Unterhaltsanspruches rechtfertigen würde.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Der **Streitwert** für das Berufungsverfahren wird in Abänderung des Senatsbeschlusses 08. Mai 2006 (Blatt 397 GA) wie folgt fest gesetzt:

I. Berufung der Klägerin:

1. Januar 03 – Juni 03 6 * (651,78 € - 306,78 €)	2.070,00 €
2. Juli 2003 – Dezember 2003 6 * (651,47 € - 306,78 €)	2.068,14 €
Gesamtstreitwert der Berufung der Klägerin	4.138,14 €

II. Berufung des Beklagten:

1. Januar 2004 501,00 € – 306,78 €	194,22 €
2. Februar 04 – Juli 04 6 * (618,00 € - 306,78 €)	1.867,32 €
3. ab August 04 5 * 618,00 €	3.090,00 €
Gesamtstreitwert der Berufung des Beklagten	5.151,54

III. Gesamtstreitwert beider Berufungen:	9.289,68 €
---	-------------------

