
Datum: 06.03.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 UF 117/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0306.2UF117.07.00

Vorinstanz: Amtsgericht Gütersloh, 16 F 451/06

Tenor:

Das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Gütersloh vom 26.4.2007 wird unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung im übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Der Beklagte wird - in teilweiser Abänderung des Vergleichs vor dem Oberlandesgerichts Hamm vom 10.1.2006 (Az.: 2 UF 264/05) - verurteilt, Ehegattenunterhalt wie folgt zu zahlen:

Monatlich 861 € für die Zeit vom 15.Juni 2006 bis einschließlich Februar 2007,

monatlich 743 € von März bis einschließlich Juni 2007,

monatlich 746 € für Juli 2007,

monatlich 578 € von August bis einschließlich Dezember 2007 und

monatlich 425 € ab Januar 2008.

Die weitergehende Klage und die Widerklage werden abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen die Klägerin 1/5 und der Beklagte 4/5.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:	1
I.	2
Die Parteien streiten um die Höhe des Ehegattenunterhalts der Klägerin.	3
Die zwischen ihnen am 17.4.2002 geschlossene Ehe ist nach Trennung der Parteien im August 2003 seit dem 20.10.2005 rechtskräftig geschieden. Der am 3.4.1975 geborene Beklagte ist britischer Staatsangehöriger und Angehöriger der britischen Armee. Er ist Vater des am 18.12.1995 geborenen Sohnes K. Seit dem 25.3.2006 ist er wiederverheiratet und lebt mit seiner zweiten Ehefrau in X in Großbritannien. Aus der zweiten Ehe ist am 15.3.2007 ein weiteres Kind, die Tochter D, hervorgegangen. Seine Ehefrau ist nicht berufstätig.	4
Die Klägerin ist gelernte Bäckereifachverkäuferin. Seit Wegfall ihres Arbeitslosengeldes am 15.6.2006 bezieht sie Leistungen nach dem SGB II. Der Leistungsträger, die H GmbH, hat die infolge der Leistungsgewährung gem. § 33 Abs. 1 SGB II auf sie übergegangenen Unterhaltsansprüche der Klägerin zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung mit treuhänderischer Inkassoession vom 27.8.2007 an die Klägerin rückabgetreten. Im Zeitraum von September bis Dezember 2006 ist die Klägerin vorübergehend im Geringverdienerbereich erwerbstätig gewesen. Außerdem bezieht sie ab dem 20.7.2006 für den bei ihr lebenden gemeinsamen Sohn der Parteien, K2 (geb. am 29.5.2002), Pflegegeld nach der Pflegestufe I in Höhe von 205 € monatlich sowie vom Beklagten durch Urteil des Amtsgerichts – Familiengericht - Gütersloh vom 9.6.2005 (Az. 16 F 255/04) titulierten Kindesunterhalt in Höhe von 135% des jeweiligen Regelbetrages der Düsseldorfer Tabelle abzüglich des hälftigen anzurechnenden Kindergeldanteils für das gemeinsame Kind K2. Seit dem 29.8.2007 ist sie außerdem Mutter des weiteren nichtehelich geborenen Kindes D2. Für dieses Kind erhält sie von dessen leiblichem Vater, Herr B, einen durch Jugendamtsurkunde titulierten Kindesunterhalt in Höhe von monatlich 196 € (Zahlbetrag).	5
Mit Vergleich vom 10.1.2006 vor dem Senat im Verfahren 2 UF 264/05 hat sich der Beklagte zur Zahlung eines monatlichen Ehegattenunterhalts an die Klägerin in Höhe von 425 € verpflichtet. Grundlage des Vergleichs war ein monatliches Nettoeinkommen des Beklagten in Höhe von 2.516,95 € und ein Einkommen der Klägerin in Höhe von 871,50 € monatlich aus Arbeitslosengeld. Außerdem ist berücksichtigt worden, dass der Beklagte seinerzeit 276 € monatlich Kindesunterhalt (Tabellenbetrag) gegenüber dem gemeinsamen Sohn der Parteien, K2, und weitere 232 € monatlich (Zahlbetrag) gegenüber seinem vorehelich geborenen Kind K schuldete.	6
Nach Wegfall ihres Arbeitslosengeldes und Aufforderung zur Auskunftserteilung mit außergerichtlichem Schreiben vom 24.5.2006 hat die Klägerin erstinstanzlich beantragt,	7
den Beklagten zur Zahlung eines weiteren – über den im genannten Vergleich festgelegten Unterhaltsbetrag hinausgehenden – Ehegattenunterhalt in Höhe von 436 € monatlich (insgesamt: 861 € monatlich) ab dem 15.6.2006 zu verurteilen.	8

Der Beklagte hat sich auf Verwirkung gem. § 1579 BGB berufen und Klageabweisung beantragt sowie widerklagend,	9
den Vergleich vor dem Oberlandesgericht Hamm vom 10.1.2006 dahingehend abzuändern, dass er ab Juni 2006 keinen Ehegattenunterhalt mehr schuldet.	10
Das Familiengericht hat den Beklagten – nach Auslegung des Klageantrags als Abänderungsantrag - antragsgemäß verurteilt, in Abänderung des Vergleichs vom 10.1.2006 monatlichen Ehegattenunterhalt in Höhe von 861 € ab dem 15.6.2006 zu zahlen. In seiner Begründung ist es auf Seiten des Beklagten von einem Einkommen in der dem abzuändernden Vergleich zugrundeliegenden Höhe unter Berücksichtigung eines ihm zu belassenden notwendigen Selbstbehalts von 890 € ausgegangen. Das im Jahr 2006 mit monatsdurchschnittlich 79,40 € errechnete Einkommen der Klägerin aus geringfügiger Tätigkeit hat das Familiengericht als überobligatorisch bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts außer Betracht gelassen. Die Voraussetzungen des Verwirkungstatbestandes (§ 1579 Nr. 2 BGB a. F.) hat es nicht als erfüllt angesehen.	11
Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der seine erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. Zur Begründung trägt er vor, sein Einkommen habe sich infolge des Wegfalls der Auslandszulage (LOA) auf 1.415,27 britische Pfund, bzw. 2.052,15 € monatlich verringert. Außerdem habe er zwei Darlehn mit monatlich 242,32 britischen Pfund und mit 252,38 britischen Pfund – letzteres für den Kauf eines PKW – zurückzuzahlen. Die Klägerin müsse sich ein fiktives Einkommen als Verkäuferin zurechnen lassen. Sie sei durch die Behinderung des gemeinsamen Sohnes jedenfalls nicht an der Aufnahme einer halbschichtigen Tätigkeit gehindert. Er ist der Ansicht, bei der Unterhaltsberechnung sei sowohl der von ihm geschuldete Unterhalt für die Tochter D zu berücksichtigen, als auch der neu hinzugetretene Unterhaltsanspruch der Klägerin gegenüber dem Vater des nichtehelich geborenen Kindes D2. Im übrigen hält er weiterhin an dem von ihm erstinstanzlich erhobenen Einwand der Verwirkung fest, hinsichtlich dessen Einzelheiten auf den Inhalt der Berufungsbegründungsschrift vom 10.8.2007 (Bl. 152 ff. d. A.) verwiesen wird. Der Beklagte beantragt,	12
in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Abänderungsklage abzuweisen und – widerklagend – den Vergleich vor dem Oberlandesgericht vom 10.1.2006 dahingehend abzuändern, dass er ab Juni 2006 keinen Ehegattenunterhalt mehr schuldet.	13
Die Klägerin beantragt,	14
die Berufung zurückzuweisen.	15
Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	16
Wegen des übrigen Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Berichterstattervermerks zum Senatstermin vom 29.1.2008 Bezug genommen.	17
II.	18
Die Berufung hat nur in dem aus dem Tenor dieses Urteils ersichtlichen Umfang Erfolg.	19
A)	20
	21

Da sich die für die Beurteilung maßgebliche Rechtslage nach Erlass des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes vom 9.11.2007 ab dem 1.1.2008 geändert hat, ist für die Frage der Abänderbarkeit des Vergleichs vom 10.1.2006 in zwei Zeitabschnitte wie folgt zu unterteilen:

1) Zeitraum vom 15.Juni 2006 bis einschließlich Dezember 2007

Für diesen Zeitraum ist der vor dem Senat am 10.1.2006 geschlossene Prozessvergleich gem. den §§ 313 Abs. 1, 1570 BGB a. F. i. V. m. § 323 ZPO abzuändern, denn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien haben sich wesentlich geändert, mit der Folge, dass der Klägerin ein Festhalten an der zwischen den Parteien getroffenen Regelung zum Ehegattenunterhalt nicht mehr zugemutet werden kann. Der Klägerin steht – wie aus dem Tenor dieses Urteils ersichtlich - ein erheblich höherer Ehegattenunterhalt gegen den Beklagten zu, als der im abzuändernden Vergleich vereinbarte Unterhalt von 425 € monatlich:

a) Das **anrechenbare Nettoeinkommen des Beklagten** beträgt (vor Abzug des Kindesunterhalts) bis einschließlich Februar 2007 monatlich 2.787,86 € und ab März 2007 monatlich 2.516,95 €.

aa) Das anrechenbare Einkommen des Beklagten hat sich im maßgeblichen Anspruchszeitraum bis einschließlich Februar 2007 – entgegen der Einwendung des Beklagten – nicht verringert, sondern auf monatlich 2.787,86 € erhöht. Ausweislich der von ihm eingereichten Lohnbelege für den Jahreszeitraum von März 2006 bis einschließlich Februar 2007 hat er in dieser Zeit netto 23.071,95 britische Pfund, das sind monatsdurchschnittlich 1.922,66 britische Pfund, verdient. Das entspricht bei dem von den Parteien zugrundegelegten und im Ergebnis nicht zu beanstandenden durchschnittlichen Wechselkurs von 1,45 britischen Pfund je 1 Euro einem durchschnittlichen Monatseinkommen in Höhe von 2.787,86 €. Die der Berechnung zugrundeliegenden Nettobeträge errechnen sich (anhand seiner Lohnabrechnungen) wie folgt:

in britischen Pfund:	Mrz 06	Apr 06	Mai 06	Jun 06
PAY (Bruttoeinkommen)	2.177,13	2.170,20	2.242,54	2.170,20
LOA SO (Zulage)	190,43	151,50	156,55	151,50
REG SUBS (Sonderzahlung)	- 0,00	- 12,51	- 0,00	- 0,00
PAX (Versicherung Armee)	- 2,10	- 2,10	- 2,10	- 2,10
INCOME TAX (Einkommensteuer)	- 370,25	- 364,09	- 378,74	- 363,20
NAT INS D (Rentenversicherung)	- 181,85	- 163,62	- 170,42	- 163,62
Nettoeinkommen	1.813,36	1.779,38	1.847,83	1.792,78

in britischen Pfund:	Jul 06	Aug 06	Sep 06	Okt 06
PAY (Bruttoeinkommen)	2.242,54	2.242,54	2.170,20	2.242,54
LOA SO (Zulage)	360,22	360,22	348,60	360,22
REG SUBS (Sonderzahlung)	- 12,51	- 0,00	- 0,00	- 12,51
PAX (Versicherung Armee)	- 2,10	- 2,10	- 2,10	- 2,10

INCOME TAX (Einkommensteuer)	- 379,33	- 379,55	- 363,50	- 379,55
NAT INS D (Rentenversicherung)	- 170,42	- 47,21	- 163,62	- 170,42
Nettoeinkommen	2.038,40	2.173,90	1.989,58	2.038,18

in britischen Pfund:	<u>Nov 06</u>	<u>Dez 06</u>	<u>Jan 07</u>	<u>Feb 07</u>
PAY (Bruttoeinkommen)	2.170,20	2.242,54	2.242,54	2.025,52
LOA SO (Zulage)	348,60	360,22	360,20	69,72
REG SUBS (Sonderzahlung)	- 0,00	- 0,00	- 12,51	- 0,00
PAX (Versicherung Armee)	- 2,10	- 2,10	- 2,10	- 2,10
INCOME TAX (Einkommensteuer)	- 363,49	- 466,89	- 331,60	- 331,81
NAT INS D (Rentenversicherung)	- 198,57	- 207,78	- 149,93	- 150,02
Nettoeinkommen	1.954,64	1.925,99	2.106,60	1.611,31

28

Die weiteren in den Lohnbelegen ausgewiesenen Abzugspositionen sind bei der Berechnung des Nettoeinkommens des Beklagten nicht zu berücksichtigen. Bei den Positionen ACCN CH (MQ) (Miete für die Dienstwohnung), NPD OFFSET (Rückzahlung Miete), CILOCT MB (Gemeindesteuer für Wohnraum), F&L NORMBFG (Elektrik Dienstwohnung), LOTTERY (Lotterie) und FOOD CH (Verpflegungskostenbeteiligung) handelt es sich um Ausgaben für den allgemeinen Lebensbedarf, die von dem dem Beklagten zu belassenden Selbstbehalt zu decken sind. Der Abzug FM BNK ALL betrifft den Einbehalt des Unterhalts für das vor der Ehe mit der Klägerin geborene Kind des Beklagten, K, der nicht als Bestandteil des Nettoeinkommens, sondern als gesonderte Abzugsposition bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen ist. Die Abzugspositionen STORES / HIRE, ADT, LSSA (Benefit extra) und Service Days Pay Giving (pauschales Entgelt für Dienstleistungen) sind vom Beklagten nicht erläutert worden. Das geht zu seinen Lasten, weil er darlegungspflichtig für die von seinem Bruttoeinkommen vorzunehmenden Abzüge ist.

29

bb) Für die Zeit ab März 2007 kann eine Veränderung zu dem dem Prozessvergleich der Parteien vom 10.1.2006 zugrundeliegenden Einkommen des Beklagten nicht festgestellt werden. Zwar hat der Beklagte durch Vorlage seiner Lohnabrechnungen für die Monate März bis August 2007 sowie Oktober und Dezember 2007 nachgewiesen, dass sich sein Einkommen infolge des Wegfalls der Auslandszulage (LOA) und der Sonderzahlungen (REG SUBS) erheblich verringert hat. Aus den von ihm eingereichten Lohnbelegen errechnet sich ein Nettoeinkommen in Höhe von 13.821,63 britischen Pfund in 8 Monaten, bzw. 1.727,70 britischen Pfund monatsdurchschnittlich. Das entspricht bei dem von den Parteien zugrundegelegten Umrechnungskurs einem durchschnittlichen Nettoeinkommen von 2.505,17 €, wie die nachfolgende Aufstellung zeigt:

30

in britischen Pfund:	<u>Mrz 07</u>	<u>Apr 07</u>	<u>Mai 07</u>	<u>Jun 07</u>
PAY (Bruttoeinkommen)	2.258,97	2.291,18	2.291,18	2.291,18
LOA SO (Zulage)	- 0,00	- 0,00	- 0,00	- 0,00
REG SUBS (Sonderzahlung)	- 0,00	- 0,00	- 0,00	- 0,00

31

PAX (Versicherung Armee)	- 3,00	- 2,10	- 2,10	- 2,10
INCOME TAX (Einkommensteuer)	- 383,75	- 385,28	- 383,90	- 384,70
NAT INS D (Rentenversicherung)	- 172,26	- 173,55	- 173,55	- 173,55
Nettoeinkommen	1.699,96	1.730,25	1.731,63	1.730,83

in britischen Pfund:	Jul 07	Aug 07	Okt 07	Dez 07
PAY (Bruttoeinkommen)	2.291,18	2.291,18	2.291,18	2.291,18
LOA SO (Zulage)	- 0,00	- 0,00	- 0,00	- 0,00
REG SUBS (Sonderzahlung)	- 0,00	- 0,00	- 0,00	- 0,00
PAX (Versicherung Armee)	- 2,10	- 2,10	- 0,00	- 0,00
INCOME TAX (Einkommensteuer)	- 384,70	- 384,48	- 384,70	- 384,48
NAT INS D (Rentenversicherung)	- 173,55	- 172,55	- 173,55	- 173,55
Nettoeinkommen	1.730,83	1.732,05	1.732,93	1.733,15

32

Anhand der eingereichten Belege für die Zeit ab März 2007 ist jedoch eine zuverlässige Einkommensprognose nicht möglich, da die Lohnbelege unvollständig sind. Der Beklagte hat – trotz gerichtlicher Aufforderung – seine Belege für September und November 2007 nicht zu den Akten gereicht und ist damit seiner Darlegungslast nicht ausreichend nachgekommen. Es bleibt daher für den Zeitraum ab März 2007 bei dem vom Familiengericht – entsprechend den Grundlagen des abzuändernden Vergleichs – der Unterhaltsberechnung zugrundegelegten Nettoeinkommen des Beklagten in Höhe von 2.516,95 €.

33

cc) Weitere Abzüge vom Nettoeinkommen des Beklagten sind nicht gerechtfertigt. Insbesondere aus den von ihm mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 18.1.2008 eingereichten Steuer- und Versicherungsbescheinigungen ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte über die in seinen Lohnbelegen enthaltenen Abzüge hinaus weitere Zahlungen auf Steuern und Versicherungen geleistet hat.

34

dd) Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er **Darlehnsverbindlichkeiten** mit monatlichen Teilbeträgen von 242,32 britischen Pfund, bzw. 351,36 € und 252,38 britischen Pfund, bzw. 365,95 € zurückzuführen hat.

35

(1) Bei dem Kredit von 13.000 britischen Pfund bei der C-Bank handelt es sich um ein nach der Trennung der Parteien aufgenommenes Darlehn, welches nach dem Sachvortrag des Beklagten bereits Gegenstand des Rechtsstreits vor dem Senat im Verfahren 2 UF 264/05 war. Da die Parteien die Rückzahlungsverpflichtung des Beklagten aus diesem Darlehn bei der vergleichsweisen Regelung des Ehegattenunterhalts am 10.1.2006 nicht berücksichtigt haben und vom Beklagten keine Umstände dazu vorgetragen sind, inwieweit sich die der Nichtberücksichtigung seiner Rückzahlungsverpflichtung zugrundeliegenden Umstände geändert haben, liegen die Voraussetzungen für eine Abänderung des zwischen den Parteien geschlossenen Vergleichs (§ 313 Abs. 1 BGB) insoweit nicht vor. Darüber hinaus fehlt es an einem Sachvortrag des Beklagten zur Notwendigkeit der Schuldeingehung. Da es sich bei dem Darlehn nicht um eine ehebedingte Schuld handelt und keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass der Beklagte nach der Trennung der Parteien zusätzliche

36

nichtprägenden Einkünfte erzielt hat, kann die Rückzahlungsverpflichtung hieraus bei der Bedarfsermittlung der Klägerin unterhaltsrechtlich nur dann Berücksichtigung finden, wenn die Eingehung der Schuld für den Beklagten unumgänglich war (vgl. Wendl/Staudigl-Gerhardt, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 1 Rz. 618 m. w. N.). Hierzu hat der Beklagte nichts vorgetragen.

(2) Die gleichen Grundsätze gelten für den vom Beklagten am 16.3.2007 – während des laufenden Unterhaltsrechtsstreits - aufgenommenen Kredit über 13.290 britische Pfund (19.270,50 €) für den Kauf eines PKW BMW 318i SE. Der Beklagte hat nichts zur Notwendigkeit der Kreditaufnahme und des Fahrzeugerwerbs vorgetragen. Es lässt sich den Akten nicht einmal entnehmen, dass er überhaupt auf die Nutzung eines PKW angewiesen ist. Darüber hinaus stellt sich der Erwerb eines Fahrzeuges in dieser Preisklasse vor dem Hintergrund der bestehenden Unterhaltsverpflichtungen des Beklagten gegenüber drei Kindern, einer Ehefrau und der Klägerin als wirtschaftlich unverhältnismäßig dar. 37

b) Bei der Bemessung des **Bedarfs der Klägerin** ist der Wegfall ihres Anspruchs auf Arbeitslosengeld ab dem 15.6.2006 zu berücksichtigen. Der Klägerin ist für die Zeit vom 15.Juni 2006 bis einschließlich Dezember 2007 kein unterhaltsrelevantes Einkommen zuzurechnen. 38

aa) Die Klägerin war in den Jahren 2006 und 2007 in Anbetracht des Alters des von ihr betreuten gemeinsamen Kindes K2 (von seinerzeit 4 bzw. 5 Jahren) noch nicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet. Nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung zu § 1570 BGB a. F. war - jedenfalls bis zur Änderung der Vorschrift des § 1570 BGB durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 9.11.2007 - von dem betreuenden Elternteil eine **Erwerbsobliegenheit** regelmäßig nicht zu erwarten, wenn das zu betreuende Kind noch nicht die Grundschule beendet hat (Ziffer 17.1.1 der Leitlinien des Oberlandesgerichts Hamm zum Unterhaltsrecht, Stand: 1.7.2005, nachfolgend: HLL), zumindest aber, solange es noch nicht mindestens acht Jahre alt war (BGH FamRZ 1989, 487; Wendl/Staudigl-Pauling, a. a. O., § 4 Rz. 72 ff.). Umstände, die eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigen, hat der Beklagte nicht vorgetragen. 39

In Anbetracht der niedrigen Einkommenshöhe (rd. 80 € monatlich) und des geringen Alters des Kindes im Zeitraum der Erwerbstätigkeit der Klägerin im Jahre 2006 sowie der von ihr dargestellten Probleme bei der Kindesbetreuung, die letztlich zur Kündigung seitens ihres Arbeitgebers geführt haben, weil sie mehrfach ihre Arbeitstätigkeit unterbrechen musste, um K2 vom heilpädagogischen Kindergarten abzuholen, hält es der Senat – in Übereinstimmung mit dem Familiengericht - für gerechtfertigt, das von der Klägerin überobligatorisch erzielte Einkommen aus Gründen der Billigkeit insgesamt unberücksichtigt zu lassen (§ 1577 Abs. 2, S. 2 BGB). 40

bb) Das von der Klägerin ab Juli 2006 bezogene **Pflegegeld** (nach § 37 Abs. 1, S. 3, Nr. 1 SGB XI) bleibt gem. § 13 Abs. 6, S. 1 SGB XI bei der Berechnung der Unterhaltsansprüche der Klägerin unberücksichtigt. Eine Ausnahme hiervon sieht § 13 Abs. 6, S. 2 SGB XI für den Ehegattenunterhaltsanspruch der leiblichen Mutter nach § 1570 BGB nicht vor. 41

c) Bei der **Berechnung des Ehegattenunterhalts** für den vorgenannten Zeitraum vom 15.6.2006 bis einschließlich Dezember 2007 sind die gem. § 1609 Abs. 2, S. 1 BGB a. F. gleichrangigen minderjährigen Kinder des Beklagten zu berücksichtigen. Die zweite Ehefrau des Beklagten ist dagegen als nachrangig zu behandeln und zwar bis einschließlich Februar 2007, weil sie bis dahin noch keine Kinder aus ihrer Ehe mit dem Beklagten zu betreuen hatte (§ 1582 Abs. 1, S. 1 BGB a. F.) und ab März 2007, weil der Klägerin gegen den Beklagten 42

ebenfalls ein Unterhaltsanspruch wegen Kinderbetreuung (nach § 1570 BGB a. F.) zustand. Soweit der Beklagte die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift des § 1582 BGB a. F. rügt, wird er darauf verwiesen, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 7.10.2003 (- 1 BvR 246/93 u. 2298/94 -, vgl. FamRZ 2003, 1821 ff.) die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift ausdrücklich festgestellt hat.

Da sich die persönlichen Verhältnisse der Parteien in dem zur Beurteilung stehenden Abänderungszeitraum mehrfach verändert haben, ist bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts der Klägerin bis einschließlich Dezember 2007 nach Zeitabschnitten wie folgt zu differenzieren:

aa) Zeitraum vom 15.6.2006 bis einschließlich Februar 2007

Für den Zeitraum bis einschließlich Februar 2007 ist die Abänderungsklage der Klägerin in vollem Umfang begründet. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Ehegattenunterhalt in der beantragten Höhe von 861 € monatlich zu. Ihr Anspruch berechnet sich wie folgt:

anrechenbares Einkommen des Beklagten	2.787,86 €
abzgl. Tabellenkindesunterhalt K2	- 276,00 €
abzgl. Unterhalt für das vor der Ehe geborene Kind K	- 232,00 €

bereinigt:	2.279,86 €
------------	------------

davon 3/7 Ehegattenunterhalt (gerundet) =	978,00 €
---	----------

--	--	--

begrenzt nach Antrag der Klägerin auf	861,00 €
---------------------------------------	-----------------

Für das gemeinsame Kind K2 ist der titulierte Tabellenunterhalt nach der 6. Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle vom 1.7.2005 vorweg vom Einkommen des Beklagten abzuziehen. Ob wegen der Vielzahl der Unterhaltspflichten des Beklagten für den rechnerisch nach der 8. Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle geschuldeten Kindesunterhalt eine Herabgruppierung um zwei Einkommensgruppen zu erfolgen hat, kann dahingestellt sein. Für die Vergangenheit ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats jedenfalls dann auf den titulierten und nicht auf den geschuldeten Kindesunterhalt abzustellen, wenn mangels Vorliegens der Verzugsvoraussetzungen der an sich geschuldete (höhere) Kindesunterhalt im Wege der Abänderungsklage nicht gem. den §§ 286 Abs. 1, 1613 Abs. 1 BGB, 323 Abs. 3, S. 2 ZPO nachgefordert werden kann (vgl. auch OLG Hamm,

11. Senat für Familiensachen, FamRZ 2003, 1962, 1963). Eine Nachforderung von Kindesunterhalt für K2 scheitert vorliegend daran, dass die Klägerin den Beklagten nicht zur Zahlung eines höheren, als des titulierten Kindesunterhalts aufgefordert hat.	
Für das vor der Ehe geborene Kind K ist der Senat im Rahmen des Vorwegabzugs von dem Betrag ausgegangen, den die Parteien im abzuändernden Vergleich vereinbart haben. Anhaltspunkte für eine Veränderung seit Abschluss des Vergleichs sind nicht vorgetragen worden.	52
Bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts ist zugunsten des Beklagten von einem Erwerbstätigenbonus von 1/7 seines bereinigten Einkommens auszugehen (Ziffer 15.2.1 HLL).	53
bb) <u>Zeitraum März bis einschließlich Juni 2007</u>	54
Für den Zeitraum ab März 2007 ist zusätzlich die Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber seiner leiblichen, am 15.3.2007 geborenen, Tochter D aus zweiter Ehe zu berücksichtigen. Dem Vorwegabzug des Kindesunterhalts für D steht nicht entgegen, dass das Kind erst nach der Ehescheidung der Parteien geboren ist, denn die ehelichen Lebensverhältnisse können nicht losgelöst von der veränderten Situation nach der Scheidung betrachtet werden. Das würde zu einer uneingeschränkten Lebensstandardgarantie zugunsten der Klägerin führen, die im Gesetz keine Grundlage findet. Deshalb wirken sich Unterhaltspflichten des Beklagten, die gegenüber nach Rechtskraft der Ehescheidung geborenen Kindern aus einer anderen Beziehung entstanden sind, bedarfsprägend aus (vgl. BGH FamRZ 2006, 683, 685 f.; Palandt-Brudermüller, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., § 1578 Rz. 52b).	55
Bei der Bemessung der Höhe des Unterhaltsanspruchs des minderjährigen, in Großbritannien beim Beklagten lebenden Kindes, D, ist der Senat von den Tabellenbeträgen der 1. Altersstufe nach der Düsseldorfer Tabelle ausgegangen, wobei spätestens für die Zeit ab Geburt des Kindes D wegen der Vielzahl der nunmehr bestehenden Unterhaltspflichten des Beklagten eine Herabgruppierung in die 6. Einkommensgruppe gerechtfertigt erscheint.	56
Zwar betrifft die Düsseldorfer Tabelle nur in Deutschland lebende Kinder. Ob und in welcher Höhe in Großbritannien feste altersabhängige Bedarfssätze für den Kindesunterhalt gelten, hat der Beklagte nicht mitgeteilt. Die Tabellenbeträge der Düsseldorfer Tabelle können daher grundsätzlich nicht unbesehen übernommen werden (Senat FamRZ 2006, 124, 125).	57
Der Senat geht jedoch davon aus, dass der Beklagte am Aufenthaltsort der Tochter D in X (Großbritannien) annähernd die gleichen Geldbeträge aufwenden muss, um für sie einen vergleichbaren Lebensstandard zu erhalten wie in Deutschland:	58
Für die Bemessung des Bedarfs eines im Ausland lebenden Unterhaltsberechtigten werden in der Rechtsprechung und Literatur zwei unterschiedliche Methoden angewandt. Danach kann eine Anpassung des Bedarfs an die in Deutschland herrschenden Verhältnisse entweder nach der Ländergruppeneinteilung des Bundesfinanzministeriums erfolgen oder nach den vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Werten zur Verbrauchergeldparität (zum Meinungsstand vgl. OLG Zweibrücken, FamRZ 2004, 729; OLG Koblenz FamRZ 2007, 1592 f.). Welcher Methode der Vorzug zu geben ist oder ob im Einzelfall ein Mittelwert anzusetzen ist (vgl. Senat FamRZ 2006, a. a. O.), lässt sich nicht für alle Fälle einheitlich beantworten. Vorliegend führt die Heranziehung der Ländergruppeneinteilung des Finanzministeriums vom 17.11.2003 zu dem Ergebnis, dass die Durchschnittslöhne und damit der Bedarf eines in Großbritannien lebenden	59

Unterhaltsberechtigten mit denen in Deutschland vergleichbar sind. Die Berechnung anhand der Verbrauchergeldparität führt nach der Formel "(Devisenkurs / Verbrauchergeldparität) x 100 – 100 = Wertabweichung" zu dem Ergebnis, dass eine Erhöhung des Bedarfs der Tochter D um rund 20% vorzunehmen wäre $((0,6817 / 0,8301) \times 100 - 100 = -18,00\%)$. Dass die Lebenshaltungskosten in Großbritannien flächendeckend höher sind, als die in Deutschland, entspricht jedoch nicht der allgemeinen Lebenserfahrung. Eine Anpassung mag daher für die Lebenshaltung in Großstädten (wie z. B. London) gerechtfertigt sein, nicht jedoch ohne weiteres in den ländlichen Bereichen und in den Kleinstädten. Anhaltspunkte dafür, dass die Lebenshaltungskosten in X (Großbritannien) höher sind als in Deutschland, hat der Beklagte nicht vorgetragen. Deswegen hat der Senat von einer Erhöhung des Bedarfs der Tochter D gegenüber den in der Düsseldorfer Tabelle festgelegten Tabellensätzen abgesehen.

Der Unterhaltsanspruch der Klägerin berechnet sich daher für den oben genannten Zeitraum wie folgt: 60

anrechenbares Einkommen des Beklagten	2.516,95 €	61
abzgl. Tabellenkindesunterhalt K2	- 276,00 €	
abzgl. Unterhalt für das vor der Ehe geborene Kind K	- 232,00 €	
abzgl. Tabellenkindesunterhalt D	- 276,00 €	

bereinigt:	1.732,95 €	62
------------	------------	----

davon 3/7 Ehegattenunterhalt (gerundet) =	743,00 €	63
---	----------	----

cc) Zeitraum Juli 2007 64

Für diesen Zeitraum verändert sich das Ergebnis der Berechnung des Ehegattenunterhalts infolge der **Änderung der Tabellensätze** für die Kinder K2 und D (vgl. Düsseldorfer Tabelle am 1.7.2007) wie folgt: 65

anrechenbares Einkommen des Beklagten	2.516,95 €	66
abzgl. Tabellenkindesunterhalt K2	- 273,00 €	
abzgl. Unterhalt für das vor der Ehe geborene Kind K	- 232,00 €	
abzgl. Tabellenkindesunterhalt D	- 273,00 €	

bereinigt:	1.738,95 €	67
------------	------------	----

davon 3/7 Ehegattenunterhalt (gerundet) =	746,00 €	68
---	----------	----

dd) Zeitraum August bis einschließlich Dezember 2007 69

Ab August 2007 ermäßigt sich der Unterhaltsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten von 746 € auf 578 € monatlich infolge der Geburt des am 29.8.2007 geborenen nichtehelichen Kindes der Klägerin D2. Ab dem Beginn des Monats der Geburt von D2 steht der Klägerin gegen den leiblichen Vater des Kindes, Herrn B, ein Anspruch auf Zahlung von Betreuungsunterhalt gem. § 1615I Abs. 2, S. 2 BGB a. F. zu. Da sowohl der Beklagte als auch der Vater des nichtehelichen Kindes analog § 1606 Abs. 3, S. 1 BGB gleichrangig für den Bedarf der Klägerin haften (vgl. BGH FamRZ 2005, 357, 358; 2007, 1303 ff.; OLG Bremen FamRZ 2006, 1207, 1208), verringert sich ihre **Bedürftigkeit** im Verhältnis zum Beklagten entsprechend der auf den Vater des nichtehelichen Kindes und den Beklagten entfaltenden Haftungsquoten. 70

Für das Maß des nach § 1615I Abs. 2 BGB a. F. von ihr zu beanspruchenden Betreuungsunterhalts ist auf die Lebensstellung der Klägerin vor Geburt des Kindes D2 abzustellen. Diese bemisst sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen mit dem Betrag, der ihr aufgrund ihres Unterhaltsanspruchs gegen den Beklagten zusteht (vgl. BGH FamRZ 2007, 1303 ff.). Es beträgt daher für den oben genannten Zeitraum – wie auch im Juli 2007 – 746 € monatlich. 71

Die Auffassung der Klägerin, der Vater des nichtehelichen Kindes D2 sei zur Zahlung von Betreuungsunterhalt an sie nicht leistungsfähig, ist nicht zutreffend. Ausweislich der von ihr vorgelegten Unterhaltsberechnung der Stadt H vom 8.8.2007 (zur Bemessung des Kindesunterhalts von D2) verdient Herr B monatlich 1.486,24 € netto. Nach Abzug der – unterhaltsrechtlich zu berücksichtigenden – berufsbedingten Aufwendungen von 69,45 € verbleibt ihm ein anrechenbares Nettoeinkommen in Höhe von 1.416,79 €, mit welchem er in der Lage ist, den Betreuungsunterhalt der Klägerin – neben dem von ihm zu zahlenden Tabellenkindesunterhalt von seinerzeit 202 € monatlich (nach der 1. Einkommensgruppe, 1. Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle) – zumindest teilweise sicherzustellen, wie die nachfolgende Berechnung der Haftungsquoten des Beklagten und des Vaters des nichtehelichen Kindes für den oben genannten Zeitraum zeigt: 72

Haftungsanteil des Beklagten:					73
-------------------------------	--	--	--	--	----

bereinigtes Einkommen des Beklagten	1.738,95 €	(nach Abzug des Kindesunterhalts)	74
-------------------------------------	------------	-----------------------------------	----

abzgl. billiger Selbstbehalt	- 1.000,00 €				75
------------------------------	--------------	--	--	--	----

verbleiben:	738,95 €	>>>>	738,95 €		76
-------------	----------	------	----------	--	----

Haftungsanteil des Herrn B:					77
-----------------------------	--	--	--	--	----

Anrechenbares Nettoeinkommen	1.416,79 €				78
abzgl. Tabellenunterhalt D2	- 202,00 €				

danach bereinigt:	1.214,79 €				79
-------------------	------------	--	--	--	----

abzgl. billiger Selbstbehalt	- 1.000,00 €				80
------------------------------	--------------	--	--	--	----

verbleiben:	214,79 €	>>>>	214,79 €		81
-------------	----------	------	----------	--	----

Haftungsmasse insgesamt:			953,74 €		82
--------------------------	--	--	----------	--	----

					83
--	--	--	--	--	----

Der Beklagte haftet mit	77,48%	für den Bedarf der Klägerin =	578,00 €	(gerundet)	84
B haftet mit	22,52%	für den Bedarf der Klägerin =	169,00 €	(gerundet)	

Bei der Berechnung der Haftungsquoten für den Betreuungsunterhalt der Klägerin ist der Senat zugunsten des Beklagten und des Vaters von D2 vom Abzug des **billigen Selbstbehalts** von derzeit 1.000 € monatlich ausgegangen. Dieser Betrag liegt zwischen dem notwendigen und dem angemessenen Selbstbehalt. Das rechtfertigt sich daraus, dass sowohl den Beklagten als auch den Vater des nichtehelichen Kindes im Verhältnis zur Klägerin keine gesteigerte Unterhaltungspflicht trifft, wie dies im Verhältnis zu den minderjährigen Kindern der Fall ist, in welchem dem Unterhaltsschuldner regelmäßig nur der notwendige Selbstbehalt zu belassen ist (vgl. BGH FamRZ 2005, 354, 355 f.; 2006, 683, 684). Für eine Herabsetzung des Selbstbehalts des Beklagten, insbesondere aufgrund des Zusammenlebens mit seiner zweiten Ehefrau, bestehen keine Anhaltspunkte. Da seine Ehefrau nicht berufstätig ist und er selbst einer Vielzahl von Kindern gegenüber unterhaltspflichtig ist, kann nicht ohne Hinzutreten besonderer Umstände davon ausgegangen werden, dass er infolge des Zusammenlebens mit ihr Mietkosten oder sonstige Kosten der allgemeinen Lebenshaltung in nennenswertem Umfang erspart (vgl. Ziffer 6.2 HLL, Stand: 1.1.2008).

85

2) <u>Zeitraum ab Januar 2008</u>	86
Für den Zeitraum ab Januar 2008 hat die Abänderungsklage keinen Erfolg, weil der Klägerin nach Änderung der maßgeblichen Vorschriften der §§ 1570, 1582, 1609 ff. BGB durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 9.11.2007 gegen den Beklagten kein höherer als der im abzuändernden gerichtlichen Vergleich festgelegte Unterhalt zusteht.	87
Die Abänderungswiderklage des Beklagten hat ebenfalls keinen Erfolg, weil der sich aus den veränderten Umständen ergebende Ehegattenunterhaltsanspruch der Klägerin in Höhe von 420 € monatlich den titulierten Unterhalt von 425 € nur unwesentlich unterschreitet mit der Folge, dass ihm das Festhalten an der vertraglichen Regelung zugemutet werden kann (vgl. § 313 Abs. 1 BGB).	88
a) Der Klägerin ist ab Januar 2008 ein bedarfsprägendes fiktives Einkommen in Höhe von 300 € monatlich zuzurechnen.	89
Ihr Unterhaltsanspruch gegen den Beklagten richtet sich nach § 1570 BGB n. F.. Danach besteht ein Unterhaltsanspruch wegen Kinderbetreuung für mindestens drei Jahre nach der Geburt des Kindes. Nach dieser Zeit kann der Unterhaltsberechtigte Unterhalt wegen der Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes nur verlangen, solange und soweit dies unter Berücksichtigung der Belange des Kindes, der bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung sowie der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe und der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht.	90
aa) Die Abwägung der zu berücksichtigenden Belange der Klägerin führt dazu, dass sie sich nicht mehr in vollem Umfang auf ihre Bedürftigkeit berufen kann, denn ihr ist im Verhältnis zum Beklagten ein fiktives Einkommen zuzurechnen (vgl. Ziffer 9 HLL, Stand: 1.1.2008). Ihr obliegt es unterhaltsrechtlich, eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Dass sie sich – trotz des Bestehens realer Beschäftigungschancen – auf geeignete Arbeitsstellen im Geringverdienerbereich beworben hat, hat sie nicht dargelegt.	91
(1) Die Betreuung des Kindes K2 hindert sie nicht an der Aufnahme einer geringfügigen Erwerbstätigkeit. K2 ist im Mai 2007 fünf Jahre alt geworden. Das bisher von der Rechtsprechung entwickelte Altersphasenmodell, wonach bei der Betreuung von Kindern unter 8 Jahren eine Erwerbstätigkeit von dem betreuenden Elternteil regelmäßig nicht erwartet werden konnte, lässt sich nach Ansicht des Senats nach Änderung des § 1570 BGB nicht mehr aufrecht erhalten. Davon ging auch der Gesetzgeber bei der Neuregelung des § 1570 BGB aus (vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 16 f.). Hat das zu betreuende Kind das dritte Lebensjahr vollendet, obliegt es nunmehr grundsätzlich dem Unterhaltsberechtigten, Gründe darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, die gegen die Aufnahme einer – zumindest teilschichtigen – Erwerbstätigkeit sprechen (vgl. Borth, FamRZ 2008, 2, 9 f.).	92
Ausreichende Umstände, die – ohne Berücksichtigung der Geburt von D2 – einer teilschichtigen Erwerbstätigkeit der Klägerin entgegenstehen würden, hat sie nicht vorgetragen. Zwar hat die Klägerin unter Vorlage der ärztlichen Bescheinigungen des Kinderarztes Dr. med. X2 vom 6.12.2006, des Facharztes für Kinder- und Jugendpsychiatrie D3 vom 5.4.2007, des Facharztes für Kinder- und Jugendheilkunde Dr. med. E3 vom 16.8.2007 und des Kinderarztes für Neuropädiatrie Dr. med. C5 vom 6.8.2007 schlüssig vorgetragen und belegt, dass K2 an einer allgemeinen Entwicklungsstörung, verbunden mit Intelligenzminderung, Sprachentwicklungsverzögerungen und leichten autistischen Zügen leidet und deswegen einen erhöhten Förderungs- und Betreuungsbedarf gegenüber gleichaltrigen Kindern hat. Die gesundheitlichen Einschränkungen des Kindes führen jedoch	93

nicht dazu, dass sich die Klägerin mit der vollen, ihr zur Verfügung stehenden Arbeitskraft um die Betreuung und Förderung des Kindes kümmern muss. Nach ihren eigenen Angaben besucht K2 seit dem Jahr 2006 an mindestens vier Tagen in der Woche regelmäßig von 8.15 Uhr bis mindestens 12.00 Uhr (montags und dienstags bis 14.45 Uhr) den heilpädagogischen Kindergarten. Umstände, die einer geringfügigen Erwerbstätigkeit in den Zeiten des Kindergartenbesuchs von K2 entgegenstehen würden, sind nicht ersichtlich. Soweit die Klägerin darauf hinweist, sie habe ihre – zuletzt bis Dezember 2006 ausgeübte – Aushilfstätigkeit in der Bäckerei aufgeben müssen, weil sie in dieser Zeit K2 mehrfach vorzeitig vom Kindergarten habe abholen müssen, ist zu berücksichtigen, dass sich die Umstände zwischenzeitlich geändert haben. Nach dem Sachvortrag der Klägerin kann davon ausgegangen werden, dass K2 sich mittlerweile in den Kindergarten eingelebt hat und nur noch in Ausnahmefällen vorzeitig wegen gesundheitlicher Probleme aus dem Kindergarten abgeholt werden muss.

(2) Die Klägerin kann sich gegenüber dem Beklagten auch nicht darauf berufen, wegen der Betreuung des noch unter 1 Jahr alten Kindes D2 an der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gehindert zu sein. 94

Die Geburt des Kindes D2 findet bei der Bemessung des ehelichen Bedarfs der Klägerin unterhaltsrechtlich keine Berücksichtigung, denn das Kind hat die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien nicht geprägt und ist nicht Grundlage für den Unterhalt nach § 1570 BGB, der ausschließlich auf die gemeinschaftlichen ehelichen Kinder abstellt. 95

bb) Bei der Bemessung der Höhe des **erzielbaren Einkommens** hat sich der Senat von folgenden Erwägungen leiten lassen: 96

Die Beklagte ist gelernte Bäckereiverkäuferin. Sie hat vom Zeitpunkt der Beendigung ihrer Ausbildung bis zur Geburt von K2 vollschichtig in ihrem Beruf und zwischendurch zwei Jahre als Altenpflegerin in England gearbeitet. Sie hat geplant, ihre Erwerbstätigkeit nach der Geburt des Kindes sobald als möglich wieder aufzunehmen. Tatsächlich hat sie, nach relativ kurzer Ehe, im Zeitraum von September bis Dezember 2006 als Aushilfe in einer Bäckerei gearbeitet. Die Abläufe im Berufsleben sind ihr nicht fremd. Auf der Grundlage ihrer Ausbildung und Berufserfahrung bestehen für sie hinreichende Erwerbsmöglichkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. 97

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sie aufgrund des relativ geringen Alters des Kindes und seines – krankheitsbedingt – erhöhten Betreuungsbedarfs nur in eingeschränktem Umfang in der Lage ist, eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Da ihr andere Möglichkeiten der Fremdbetreuung nicht zur Verfügung stehen, könnte sie – wenn sie nur das gemeinsame Kind K2 zu betreuen hätte - lediglich die Zeiten seines Aufenthalts im Kindergarten zur Ausübung einer Berufstätigkeit nutzen. Dass sie diese Zeiten voll ausschöpfen könnte, ist aufgrund der erfahrungsgemäß oft nur eingeschränkten Flexibilität der Arbeitszeiten auf dem freien Arbeitsmarkt nicht zu erwarten. 98

Der Senat geht daher davon aus, dass sie nicht in der Lage wäre, mehr als 300 € netto monatlich als Aushilfe zu verdienen. 99

b) Bei einem unterhaltsrelevanten Einkommen der Klägerin von 300 € monatlich und des Beklagten von 2.516,95 € monatlich errechnet sich ein Unterhaltsanspruch der Klägerin in Höhe von 420 € monatlich. 100

Der eheangemessene Bedarf der Klägerin beträgt daher nur noch 460 € monatlich. Er berechnet sich wie folgt:

1. Bedarfsermittlung ohne Berücksichtigung des der Klägerin fiktiv zuzurechnenden Einkommens	111
--	-----

auf den Beklagten entfallen	40% =	752,38 €				112
auf die Klägerin entfallen	33% =	620,71 €	, bzw.	621,00 €	(gerundet)	
auf die 2. Ehefrau entfallen	27% =	507,86 €	, bzw.	508,00 €	(gerundet)	
		1.880,95 €				

2. Bedarfsermittlung unter Berücksichtigung des der Klägerin fiktiv zuzurechnenden Einkommens 113

						114
--	--	--	--	--	--	-----

bereinigtes Einkommen des Beklagten		1.880,95 €				115
abzgl. Anspruch der 2. Ehefrau		- 508,00 €				

verbleiben:		1.372,95 €				116
-------------	--	------------	--	--	--	-----

6/7 verbleibendes Einkommen des Beklagten		1.176,81 €				117
---	--	------------	--	--	--	-----

abzgl. 6/7 fiktives Einkommen der Klägerin		- 257,14 €				118
--	--	------------	--	--	--	-----

verbleibende Differenz:		919,67 €				119
-------------------------	--	----------	--	--	--	-----

davon 1/2 = eheangemessener Bedarf der Klägerin =		460,00 €	(gerundet)			120
---	--	----------	------------	--	--	-----

(1) Bei der Ermittlung des auf der zweiten Rangstufe verteilbaren Einkommens des Beklagten ist nach der Rechtsauffassung des Senats gem. § 1612b Abs. 1. Nr. 1 BGB n. F. der Unterhalt der minderjährigen Kinder nicht mit dem Tabellen-, sondern mit dem Zahlbetrag (Tabellenbetrag abzüglich hälftiges Kindergeld) **vorweg in Abzug zu bringen** (vgl. Senatsentscheidung vom 24.1.2008 – 2 UF 166/07 -; Gerhard-Gutdeutsch, FamRZ 2007, 778, 779; Dose, FamRZ 2007, 1289, 1292; Scholz, FamRZ 2007, 2021, 2028; Lein, Das 121

neue Unterhaltsrecht 2008, S. 196; Leitlinien der Oberlandesgerichte Bremen, Bamberg, Celle, Dresden, Hamburg, Karlsruhe, München, Nürnberg und Rostock vom 1.1.2008 jeweils zu Zi. 15.2, der Oberlandesgerichte Brandenburg und Koblenz vom 1.1.2008 jeweils zu Zi. 15.1 und des Oberlandesgerichts Düsseldorf – Düsseldorf Tabelle - zu B. III).

Die Gegenmeinung (vgl. Leitlinien der Oberlandesgerichte Hamm vom 1.1.2008 zu Zi. 15.2.3, 122 Naumburg und Stuttgart vom 1.1.2008 jeweils zu Zi. 15.2 und Oldenburg vom 1.1.2008 zu Zi. 15.1), die davon ausgeht, dass der Vorwegabzug nur mit dem Tabellenbetrag erfolgen dürfe, weil andernfalls der dem Unterhaltsschulder zustehende Kindergeldanteil den Unterhaltsberechtigten auf der zweiten Rangstufe zukomme, wird der geänderten Rechtslage nicht gerecht.

Abweichend von der bisherigen Regelung des § 1612b BGB a. F. mindert das Kindergeld 123 nach § 1612b Abs. 1 BGB n. F. den Barbedarf des Kindes unmittelbar. Ihm kommt daher die gleiche unterhaltsrechtliche Wirkung zu wie dem bereinigten Eigeneinkommen des Kindes, welches bei minderjährigen Kindern – wegen der Gleichwertigkeit von Bar- und Naturalunterhalt (§ 1606 Abs. 3, S. 2 BGB) – hälftig auf den Bar- und den Betreuungsunterhalt und bei volljährigen Kindern in vollem Umfang auf den Bedarf anzurechnen ist. Diese unterhaltsrechtlichen Folgewirkungen der Bedarfsdeckung hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien erkannt und auch beabsichtigt. In der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 29) hat er ausgeführt, dass durch die Neuregelung eine Harmonisierung der unterhalts- und sozialrechtlichen Wirkungen des Kindergeldes herbeigeführt werden soll. Das Kindergeld wird im Sozialrecht nach Maßgabe des § 11 Abs. 1, S. 3 SGB II und des § 82 Abs. 1, S. 2 SGB XII dem Einkommen des minderjährigen Kindes zugerechnet und vermindert somit den Bedarf des Kindes. Als besonderen Vorteil der Neuregelung hat es der Gesetzgeber angesehen, dass durch die bedarfsdeckende Wirkung des Kindergeldes im Mangelfall eine höhere Verteilungsmasse für den betreuenden Elternteil zur Verfügung steht, was gleichzeitig zu einer höheren steuerlichen Entlastung aufgrund des Realsplittingvorteils führen kann (vgl. BT-Drucks., a. a. O.).

Wird das Kindergeld bedarfsdeckend angerechnet, stellt sich die Frage der ungerechtfertigten 124 Partizipation des betreuenden Elternteils und gegebenenfalls weiterer Unterhaltsberechtigter auf der zweiten Rangstufe nicht. Wird das Kindergeld nämlich – wie im Regelfall (§ 64 Abs. 2 EStG, Obhutprinzip) – an den betreuenden Elternteil ausgezahlt, hat er es in vollem Umfang für die Deckung des Bedarfs des Kindes zu verwenden (§ 1612b Abs. 1, S. 1 BGB n. F.). Damit wirkt sich das Kindergeld weder auf Seiten des Unterhaltsberechtigten noch auf Seiten des Unterhaltsverpflichteten einkommenserhöhend aus. Die gem. §§ 1 BKKG, 62 Abs. 1 EStG bezweckte Entlastung der Eltern des minderjährigen Kindes wird dadurch erreicht, dass sich der Bedarf des unterhaltsberechtigten Kindes verringert und damit auch der zu leistende Barunterhalt.

Dass sich diese Entlastung auf Seiten des Unterhaltspflichtigen, der zugleich 125 Ehegattenunterhalt schuldet, nicht bzw. nicht in vollem Umfang auswirkt, weil er sein bereinigtes Einkommen (nach Abzug des Kindesunterhalts) für die Deckung des Bedarfs der Unterhaltsberechtigten auf der zweiten Rangstufe zu verwenden hat, ist eine notwendige Konsequenz der gesetzlichen Neuregelung, die im Interesse der vom Gesetzgeber beabsichtigten Vereinfachung der Rechtsanwendung (vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 28) hinzunehmen ist. Die Gleichstellung von Kindergeld und Erwerbseinkommen im Rahmen der Bedarfsdeckung vermeidet Folgeprobleme bei der Behandlung steuerlicher Freibeträge (vgl. Borth, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, Rz. 341), bei der Frage, ob zwischen

Bedarfsbestimmung und Leistungsfähigkeit zu unterscheiden ist und wie das Einkommen des Unterhaltspflichtigen bei der Feststellung der Einhaltung der Bedarfskontrollbeträge nach der Düsseldorfer Tabelle zu berechnen ist. Sie ist für den rechtssuchenden Bürger ohne weiteres verständlich und einfach nachvollziehbar, denn sie spiegelt das wider, was in einem funktionierenden Familienverband gelebt wird; auch dort wird nicht zwischen der Zweckbindung des Kindergeldes als vorweggenommene Steuervergütung (vgl. dazu Borth, a. O., Rz. 329) und den Unterhaltspflichten gegenüber den übrigen Familienmitgliedern unterschieden, sondern die durch das Kindergeld bewirkte finanzielle Entlastung kommt unmittelbar der gesamten Familie zugute, indem dadurch mehr verfügbares Einkommen generiert wird.

Die Anrechnung des Kindergeldes auf den Bedarf mit der Folge der Erhöhung des Ehegattenunterhalts führt auch nicht dazu, dass steuerrechtlich für das Kind bestimmte Mittel diesem vorenthalten werden, denn der primäre Verwendungszweck des Kindergeldes als Existenzsicherungsmittel des Kindes (vgl. BVerfG FamRZ 2003, 1370) ist dadurch gewahrt, dass das Kindergeld – wie oben ausgeführt - von dem betreuenden Elternteil zur Deckung des Bedarfs des Kindes zu verwenden ist. 126

Darüber hinaus bewirkt die Gleichstellung von Kindergeld und Einkommen des Kindes eine unterhaltsrechtliche Gleichbehandlung der minderjährigen mit den volljährigen Kindern. Für volljährige Kinder war schon nach altem Recht (vor Erlass des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes) anerkannt, dass dem Kindergeld eine bedarfsdeckende Wirkung zukommt (vgl. BGH FamRZ 2006, 99, 102 f.). Durchgreifende Gründe, volljährige und minderjährige Kinder bei der Anrechnung des Kindergeldes ungleich zu behandeln, bestehen aber nach der ab dem 1.1.2008 gültigen Rechtslage nicht mehr. Das Gesetz unterscheidet nur insofern zwischen volljährigen und minderjährigen Kindern, als bei minderjährigen Kindern nicht das volle, sondern nur das hälftige Kindergeld auf den Bedarf anzurechnen ist. Diese Unterscheidung beruht auf der Gleichwertigkeit von Bar- und Naturalunterhalt (§ 1606 Abs. 3, S. 2 BGB), die – wie auch beim Eigeneinkommen des minderjährigen Kindes – dazu führt, dass nur der auf den Barunterhalt entfallende Teil des Kindergeldes vom Barunterhaltsanspruch abgezogen wird. Mit der Volljährigkeit entfällt der Naturalunterhaltsanspruch und wird durch einen Anspruch auf Barunterhalt gegen beide Elternteile ersetzt, was die volle Anrechnung des Kindergeldes rechtfertigt. Der Umstand, dass sich beim minderjährigen Kind die Kindergeldanrechnung nur auf den Barunterhaltsanspruch auswirkt, während der auf die Betreuung entfallende Teil von der Anrechnung unberührt bleibt, stellt nach Auffassung des Senats keine verfassungsrechtlich zu beanstandende Ungleichbehandlung (i. S. v. Art. 3 Abs. 1 GG) dar, weil sie sich im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums hält (vgl. hierzu BVerfG, a. a. O.; DVBl 2007, 1435; FamRZ 2007, 1957). 127

(2) Bei dem Vorwegabzug des Kindesunterhalts für K2 und D ist der Senat von dem jeweiligen Mindestkindesunterhalt (§ 1612a Abs. 1 BGB n. F.) nach der 1. Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle vom 1.1.2008 ausgegangen, da der darin festgelegte **Bedarfskontrollbetrag**, der eine ausgewogene Verteilung des Einkommens des Unterhaltspflichtigen zwischen den unterhaltsberechtigten Kindern und den Ehegatten gewährleisten soll, nur gewahrt ist, wenn der Kindesunterhalt der 1. Einkommensgruppe entnommen wird. 128

(3) Bei der **Ermittlung des Bedarfs** der Klägerin ist der Senat der in Ziffer 24.2.3 HLL, Stand: 1.1.2008, vorgeschlagenen zweistufigen Berechnungsmethode gefolgt, nach der zunächst der Bedarf der Klägerin und der zweiten Ehefrau des Beklagten ohne Berücksichtigung des 129

Auf die Klägerin entfallen	47,66%	von 880,95 €	, das sind gerundet =	420,00 €
----------------------------	--------	--------------	-----------------------	-----------------

cc) Der Unterhaltsanspruch der Klägerin ist nicht – wie im vorangegangenen Zeitraum von August bis Dezember 2007 - infolge der **Mithaftung des nichtehelichen Vaters** des Kindes D2 zu kürzen. 138

(1) Zwar müsste sich der Vater des nichtehelichen Kindes D2 rechnerisch mit einer Haftungsquote von rund 34% am Unterhalt der Klägerin beteiligen. Das entspricht dem Verhältnis der Haftungsquoten des nichtehelichen Vaters (von 214,79 €) und des Beklagten (von rund 420 €) zueinander, wobei auf seiten des Beklagten zu berücksichtigen ist, dass sich sein Haftungsanteil um den Unterhaltsanspruch seiner zweiten Ehefrau ab Januar 2008 von bisher 880,95 € auf rund 420 € verringert hat. 139

(2) Die nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls gebotene **Korrektur der Haftungsanteile** (vgl. BGH FamRZ 2007, 1303 ff.; OLG Bremen FamRZ 2006, 1207) führt jedoch dazu, dass sowohl der Beklagte als auch der Vater des nichtehelichen Kindes D2 bis zur Grenze ihrer Leistungsfähigkeit für den Betreuungsunterhalt der Klägerin haften. 140

Bei der wertenden Betrachtung ist zu berücksichtigen, dass der Bedarf der Klägerin **im Rahmen des Betreuungsunterhalts gem. § 1615I BGB n. F.** nicht nur durch die Höhe des ihr nach den ehelichen Lebensverhältnissen zustehenden Ehegattenunterhalts, sondern auch durch das erzielbare bedarfsprägende Einkommen aus einer geringfügigen Beschäftigung in Höhe von 300 € monatlich geprägt wird mit der Folge, dass der von ihr nach § 1615I Abs. 2 BGB n. F. zu beanspruchende Betreuungsunterhalt insgesamt 720 € (420 € Ehegattenunterhalt + 300 € fiktives Eigeneinkommen) beträgt. Der Unterschied zur Höhe des ihr gegen den Beklagten zustehenden Ehegattenunterhalts rechtfertigt sich daraus, dass die Klägerin im Verhältnis zum nichtehelichen Vater des Kindes D2 gem. § 1615I Abs. 2, S. 3 BGB n. F. eine geringfügige Beschäftigung nicht ausüben muss, weil das von ihr betreute gemeinsame Kind D2 noch nicht einmal das erste Lebensjahr vollendet hat. Aus diesem Grunde ist es angemessen, den nichtehelichen Vater in Höhe des seinem Kind ursächlich zuzurechnenden Erwerbsnachteils von 300 € monatlich allein haften zu lassen. 141

Das rechtfertigt es jedoch nicht, den Beklagten gegenüber der Klägerin unterhaltsrechtlich zu entlasten, denn weder der Beklagte noch der Vater des nichtehelichen Kindes D2 sind mit ihrem Einkommen in der Lage, den Betreuungsunterhalt der Klägerin nach § 1615I Abs. 2 BGB n. F. von derzeit 720 € - der deutlich unter dem bei ihr anzusetzenden Existenzminimum von 810 € liegt - sicherzustellen. Dem Vater von D2 verbleiben nach Abzug des billigen Selbstbehalts von seinem bereinigten Einkommen noch verteilbare 214,79 €. Die Leistungsfähigkeit des Beklagten ist auf 420 € begrenzt. Das hat zur Folge, dass die Klägerin insgesamt nur 634,79 € Betreuungsunterhalt (nach § 1615I Abs. 2 BGB n. F.) und damit erheblich weniger, als sie zur Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz benötigt, beanspruchen kann. Unter diesen Umständen ist es geboten, dass der Beklagte, an die Klägerin ungekürzt – bis zur Grenze seiner Leistungsfähigkeit – Unterhalt wegen der Betreuung des gemeinsamen ehelichen Kindes K2 leistet. 142

c) Da eine Abänderung des titulierten Ehegattenunterhalts zulasten der Klägerin für die Zeit ab Januar 2008 - wegen der nur unwesentlichen Abweichung von rechnerisch geschuldetem zu tituliertem Unterhalt (um 5 € monatlich) - bereits an der fehlenden Unzumutbarkeit des Festhaltens des Beklagten an der Regelung im abzuändernden Prozessvergleich (vgl. § 313 Abs. 1 BGB) scheitert, kommt es auf die Frage, ob aus der Übergangsregelung des § 36 Nr. 143

1 EGZPO zusätzliche Beschränkungen für die Abänderbarkeit des Unterhaltstitels herzuleiten sind, nicht an (vgl. dazu Borth, FamRZ 2008, 2, 9 f.).

B) 144

Der Unterhaltsanspruch der Klägerin ist – entgegen der Ansicht des Beklagten – nicht ganz oder teilweise verwirkt. Eine **Verwirkung** nach § 1579 Nr. 2 BGB a. F., bzw. § 1579 Nr. 3 BGB n. F. setzt voraus, dass sich der Unterhaltsberechtigte eines Verbrechens oder schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Unterhaltsverpflichteten oder einen nahen Angehörigen schuldig gemacht hat. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. 145

Eine Feststellung des Inhalts, dass die Klägerin eine Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB) oder einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315b StGB) zum Nachteil des Beklagten oder seiner Ehefrau begangen hat, kann nicht getroffen werden. Hierzu fehlt es bereits an einem ausreichenden Sachvortrag des insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten. Selbst wenn die Klägerin – wie der Beklagte behauptet – ihn am 31.7.2006 bei der Zufahrt auf eine "rot" anzeigende Ampel durch einen abrupten "Schlenker" nach links mit ihrem Fahrzeug dazu gedrängt haben sollte, auszuweichen, um einen Zusammenstoß zu verhindern, fehlt es an ausreichenden Angaben zur Schaffung einer, für die Erfüllung der Straftatbestände notwendigen, konkreten Gefahr für Leib oder Leben des Beklagten oder seiner Ehefrau oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert. Insbesondere fehlen Angaben zur gefahrenen Geschwindigkeit und zum Abstand der beiden Fahrzeuge zueinander. Darauf ist der Beklagte bereits durch den Einstellungsbescheid der Staatsanwaltschaft Bielefeld vom 28.12.2006 wegen fehlenden hinreichenden Tatverdachts (§ 170 Abs. 2 StPO) im Ermittlungsverfahren 22 Js 1003/06 – welches der Senat zu Informationszwecken beigezogen hat - hingewiesen worden. Außerdem hat der Senat dem Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 29.1.2008 den Hinweis erteilt, dass er auf der Grundlage des gegenwärtigen Sach- und Streitstandes – in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft Bielefeld – die Straftatbestände der §§ 315b und 315c StGB nicht als verwirklicht ansieht. 146

Ob die Klägerin auf der Grundlage des Vorbringens des Beklagten eine Nötigung (§ 240 StGB) im Straßenverkehr begangen hat, kann dahingestellt bleiben, denn diese wiegt jedenfalls nicht so schwer, dass deswegen die Inanspruchnahme des Beklagten auf Ehegattenunterhalt grob unbillig wäre. Im Rahmen der allgemeinen Billigkeitsabwägung gem. § 1579 BGB ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass die Klägerin das gemeinsame minderjährige Kind K2 betreut und die gem. § 1579 BGB vorrangig zu wahrenden Belange des Kindes dem Ausschluss, der Herabsetzung oder zeitlichen Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin schon deswegen entgegenstehen, weil der Bedarf der Klägerin jedenfalls ab März 2007 unter dem Existenzminimum für Nichterwerbstätige von derzeit 770 € liegt mit der Folge, dass sie im Falle der Kürzung ihres Unterhaltsanspruchs zur Deckung ihres eigenen Lebensunterhalts auf den Verbrauch des Kindesunterhalts angewiesen wäre. 147

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 148